Der

Vergleichsbegriff und Vergleichsirrtum

nach gemeinem Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der Juristenfakultät zu Rostock

vorgelegt von

Wilhelm Karstens,

Referendar in Hamburg.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

1903.

Druck von Chr. Adolff in Altona-Ottensen.

Meinen lieben Eltern.

Inhalt.

Seite

§ 1. Einleitung 3

I. Teil. Der Begriff des Vergleichs.

§ 2. Begriffsbestimmung 4
§ 3. Die Rechtsnatur des Vergleichs 6
§ 4. Voraussetzungen des Vergleichs. Art und Umfang der Ungewißheit . . 10
§ 5. Gegenstand des Vergleichs 17
§ 6. Inhalt des Vergleichs 18

II. Teil. Der Vergleichsirrtum.

A. Im gemeinen Recht.

§ 7. Die Bedeutung des Geschäftsirrtums beim Vergleich 22
§ 8. Nichtigkeit des Vergleichs wegen Verfehlung des Zwecks 25
§ 9. Stand der Frage in der gemeinrechtlichen Litteratur,
a) Götz, Windscheid und Genossen 34
b) Risch, Regelsberger, Brinz, Dernburg 39
§ 10. B. Im Bürgerlichen Gesetzbuch 43

§ 1. Einleitung.

Während man früher die Lehre vom Vergleich mit gutem Grunde als das Stiefkind der Jurisprudenz bezeichnen konnte, so darf man jetzt sagen, daß diese Bezeichnung ihre Berechtigung verloren hat. War es der verdienstvollen, an neuen Gedanken reichen Schrift von Risch auch nicht vergönnt, die wissenschaftliche Erörterung unserer Lehre, so wie es nötig war, wieder in Fluß zu bringen, so sind doch im Laufe der letzten fünfzehn Jahre nicht weniger als drei eingehende Monographien von Sturm, Oertmann und Hedemann über unser Rechtsinstitut erschienen, und auch die Schaffung des B. G. Bs. hat dazu beigetragen, daß das wissenschaftliche Interesse — ich erinnere nur an die Polemik zwischen Windscheid und Lenel im Archiv für die civilistische Praxis — auch für die Vergleichslehre wieder akut wurde. Daß die Behandlung des Vergleichs nach B. G. B. bei weitem noch nicht so erschöpfend ist, wie es dieses m. E. hochwichtige Rechtsinstitut beanspruchen kann, liegt in der Natur der Sache, findet nämlich seinen Grund in der verhältnismäßigen Neuheit unseres heutigen Rechts überhaupt. Eingehender vom Standpunkt des B. G. Bs. behandelt den Vergleich nur Hedemann. Aber auch seine Untersuchungen dürften trotz ihrer Gründlichkeit und Scharfsinnigkeit kaum allgemeine Anerkennung finden.

Ich glaube deshalb auch nicht, dem Vorwurf zu begegnen, alte Wahrheiten auffrischen und breit treten zu wollen, wenn ich im folgenden das Verhältnis des § 779 B. G. Bs. zu den entsprechenden gemeinrechtlichen Rechtssätzen darstellen und im besonderen auch versuchen werde, aus dem gemeinen Recht, welches sich — wenigstens in seinen Hauptlehren — in zweitausendjähriger Anwendung bewährt hat und auf eine fast ebenso alte Wissenschaft zurückblicken kann, Gesichtspunkte zu gewinnen, welche der Interpretation des § 779 nicht wenig förderlich sind. Eine eingehende Berücksichtigung des gemeinen Rechts halte ich gerade deshalb für geboten, weil wir nur hier die bei der Vergleichslehre noch besonders zahlreichen Kontroversen und sonstigen Schwierigkeiten kennen lernen, welche wir bei der Erörterung des heutigen Rechtszustandes im Auge haben müssen, die wir aber ohne den geschichtlichen Rückblick leicht unbeachtet lassen könnten, zum mindesten jedoch ihrer ganzen Bedeutung und ihrem ganzen Umfange nach nicht zu würdigen imstande sein würden. Es bleibt auch bei der Darstellung der Vergleichslehre die alte Wahrheit bestehen, daß jede wissenschaftliche Behandlung zugleich eine historische sein muß.

In Anlehnung an den Inhalt des § 779 werden wir uns zuerst mit der Begriffsbestimmung und dann mit der Bedeutung des Irrtums beim Vergleich zu beschäftigen haben.

I. Teil. Der Begriff des Vergleichs.

§ 2. Begriffsbestimmung.

Das B. G. B. gibt selbst eine Begriffsbestimmung des Vergleichs. Ob es vom sprachlichen wie vom ästhetischen Standpunkt zu billigen ist, diese nicht gerade kurze Definition in einen Relativsatz hineinzupassen, möchte ich bezweifeln. Befreien wir sie aus der Einschachtelung des § 779 und bilden wir einen selbständigen Satz, so müßte sie lauten:

„Vergleich ist der Vertrag, durch den der Streit oder die Ungewißheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird."

Daß eine Begriffsbestimmung überhaupt in das Gesetz aufgenommen ist, begründen die Motive (Mot. B. II, S. 650) mit „der Unbestimmtheit des sprachlichen Begriffes".

Im zweiten Absatz desselben Paragraphen fühlt sich der Gesetzgeber noch veranlaßt, die von ihm gegebene Definition gewissermaßen authentisch zu interpretieren. Er hält dies für geboten „als eine zweckmäßige und zur Abschneidung von Zweifeln empfehlenswerte Verdeutlichung".

Der Absatz lautet:

„Der Ungewißheit über ein Rechtsverhältnis steht es gleich, wenn die Verwirklichung eines Anspruchs unsicher ist."

Wenn man sich vergegenwärtigt, wie der Gesetzgeber bemüht ist, mit einer fast an Ängstlichkeit streifenden Genauigkeit den Begriff des Vergleichs festzustellen und Zweifeln vorzubeugen, so kann man schon daraus den Rückschluß ziehen, daß man sich bisher im gemeinen Recht über die Definition nichts weniger als einig war.

Die Juristen des corpus juris, welche nicht so sehr wie unsere Zeit das Bedürfnis nach abstrakter Formulierung hatten, welche in ihrer Vorliebe für Kasuistik sich mit der Entscheidung konkreter Rechtsfälle begnügten, haben uns keine brauchbare Definition hinterlassen. Einen schwachen Anlauf zu einer solchen finden wir l. 1 D. de transact. II, 15.

Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit.

Als Begriffsbestimmung kann man diesen Satz schon einfach deshalb nicht anerkennen, weil er transigere durch sich selbst erklärt. Hinzu kommt noch, daß die römischen Bezeichnungen „transigere" und „transactio" einen weiteren Sinn haben als unser Wort „Vergleich". Hierauf hat besonders Buhl[1]) hingewiesen. Seine Ausführungen gipfeln in fol-

[1]) Buhl, Beiträge zur Lehre vom Anerkennungsvertrage S. 79 ff.

gendem. Als deutschen Namen der „transactio" führt er die „Auseinandersetzung" ein und definiert sie als „die endgültige urteilsmäßige Regelung von irgendwie zweifelhaften Rechtsverhältnissen unter den Parteien durch Vertrag". (S. 79.) „Der Vertrag, durch welchen die Transaktion bewirkt wird, kann ein einseitiger oder gegenseitiger sein: Ein besonders hervorzuhebender Fall der Transaktion mittels gegenseitigen Vertrages ist der Vergleich." (S. 80.) Er rechnet demzufolge zur Auseinandersetzung 1) durch einseitigen Vertrag die Aberkennung und Anerkennung (S. 106), 2) mittels gegenseitigen Vertrages außer dem Vergleich die Auflösung einer Gemeinschaft durch Teilung. Auch Windscheid[2]) sagt: „Es ist zuzugeben, daß die Quellen die Ausdrücke „transigere" und „transactio" in diesem weiteren Sinne gebrauchen." Auf eine eingehende Kritik der Ausführungen Buhls kann ich an dieser Stelle verzichten, weil wir in einem andern Zusammenhang doch noch eingehend auf dieselben zurückkommen müssen. Eines läßt sich aber, glaube ich, schon jetzt sagen: Wie der Vergleich zustande kommt, ob durch einseitiges oder gegenseitiges Nachgeben, wird durch das Wort „transigere" jedenfalls nicht klar ausgedrückt. Was vollends unter einer „res dubia et lite incerta neque finita" zu verstehen ist, ob subjektive oder objektive Ungewißheit oder gar beides, läßt sich aus diesen Worten allein keineswegs mit Sicherheit entnehmen.

Als Ergänzung zu der oben wiedergegebenen Stelle wird noch angeführt l. 38 C. de transact II, 4: „transactio nullo dato vel retento seu promisso minime procedit".

Diesen Satz in der Definition zu verwerten, wie es ältere Juristen[3]) getan haben, halte ich schon deshalb für bedenklich, weil ihr Sinn — wir werden später noch die verschiedenen Interpretationsversuche besprechen — ohne weiteres durchaus nicht klar ist.

Während also das B. G. B. eine Legaldefinition enthält, dürfte es für das gemeine Recht nicht vorteilhaft sein, dieselbe direkt den Quellen zu entnehmen. Es muß deshalb der Versuch gemacht werden, auf Grund der Quellen die Formel selbständig zu konstruieren. Bei Befolgung dieser Methode ergibt sich logischerweise die Definition erst zuletzt, praktische Gründe lassen es jedoch ratsam erscheinen, sie schon jetzt vorwegzunehmen, um sie der des B. G. B. gegenüberstellen zu können. Ich verzichte deshalb auch an dieser Stelle auf eingehende Begründungen und Erläuterungen meiner Definition.

Die wesentlichen Merkmale, die eine gute Begriffsbestimmung des Vergleichs des gemeinen Rechts enthalten soll, sind:

1) daß derselbe ein Vertrag ist,
2) daß sein Zweck in der Beseitigung einer unter den Parteien in Beziehung auf ein Rechtsverhältnis obwaltenden Ungewißheit besteht, und
3) daß derselbe durch gegenseitiges Nachgeben erreicht wird.

---

[2]) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Auflage, § 413 N. 6 a.

[3]) So z. B. Glück, Pandekten, Teil 5 S. 3, definiert im Anschluß an Anton Schulting: „transactio est conventio, qua res dubia vel controversa aliquo dato, retento vel promisso terminatur".

In der Literatur finden wir schon eine große Zahl mehr oder minder gut gelungener Definitionen. Ich schließe mich der Begriffsbestimmung, welche Dernburg[4]) dem Vergleich gibt, an. Dieselbe lautet:

„Vergleich ist der Vertrag, welcher bezweckt, die Ungewißheit eines Rechtes oder die Unsicherheit seiner Erfüllung mittels gegenseitiger Konzessionen zu beseitigen."[5])

Stellen wir diese gemeinrechtliche Definition der des § 779 B. G. Bs. gegenüber, so können wir Übereinstimmung konstatieren. Es wäre jedoch verkehrt zu glauben, hiermit wäre der erste Teil dieser Arbeit erledigt. Noch fehlt der Beweis für die Richtigkeit der von Dernburg übernommenen Begriffsbestimmung. Außerdem müssen noch die sich an den Begriff des Vergleichs im gemeinen Recht anknüpfenden Kontroversen erörtert werden und im Anschluß daran muß die Frage beantwortet werden, ob und wie dieselben durch das heutige Recht erledigt sind.

§ 3. Die Rechtsnatur des Vergleichs.

Seitdem wir überhaupt das heute übliche System des Pandektenrechts haben, hat die Frage nach der Stellung eines Rechtsinstituts im System auch stets eine bedeutende Rolle gespielt. Und das mit vollem Recht. Denn wir haben es hierbei nicht mit einer bloßen Sache der Zweckmäßigkeit zu tun, sondern die Stellung im System ist das äußere Zeichen, an dem die Auffassung der Rechtsnatur erkennbar wird. „Sage mir, mit wem du umgehst, so will ich dir sagen, wer du bist." Dieses Sprichwort lautet in die juristische Sprechweise übersetzt: Der Umstand, daß der Vergleich mit diesen oder mit jenen Rechtsinstituten im System zusammengestellt wird, läßt deutlich erkennen, wie der betreffende Autor sich die Rechtsnatur des Vergleiches denkt. Werfen wir nun einen Blick in die Lehrbücher des Pandektenrechts, so entdecken wir, daß mit dem Vergleich arg herumgestoßen wird, bald finden wir ihn im allgemeinen Teil, bald unter den allgemeinen Lehren und bald wieder in dem speziellen Teil des Obligationenrechts untergebracht. Bedenken wir, welches Problem sich hinter der Stellung im System birgt und daß unsere Auffassung von der Rechtsnatur des Vergleichs für die ganze weitere Darstellung entscheidend sein muß, so erscheint es als dringend geboten, schon jetzt in dieser Frage Klarheit zu schaffen.

Mehrere Schriftsteller betonen, daß der Vergleich zu den Aufhebungsarten der Schuldverhältnisse gehöre.[6]) Es ist ohne weiteres zuzugeben, daß durch den Vergleich Schuldverhältnisse aufgehoben werden, aber, müssen wir gleich hinzufügen, es lassen sich auch genug Fälle denken, wo dies nicht zutrifft — ganz abgesehen davon, daß der Vergleich sich

---

[4]) Dernburg, Pandekten, 6. Auflage, Band II, S. 298.

[5]) Inhaltlich dasselbe besagt die Definition bei Windschnid, 8. Auflage Band II, S. 778, und die bei Oertmann, der Vergleich, S. 17, die nur sprachlich etwas schleppend ist. Die Definition bei Risch, der Vergleich, S. 10, hat den Fehler, daß sie den Zweck zum Inhalt des Vergleichs macht.

[6]) So z. B. Sintenis, Praktisches gemeines Zivilrecht, 3. Auflage, Band II, S. 490 f und Arndts, Pandekten, 13. Auflage, S. 550.

nicht notwendig auf ein Schuldverhältnis beziehen muß. Ein solcher Fall ist zum Beispiel der l. 33 C. h. t., wo die eine Partei den Anspruch der andern anerkennt und hierfür eine Abfindungsleistung empfängt. Hier ist schlechterdings nichts von einer Aufhebung eines Schuldverhältnisses zu entdecken.

Eine dieser Ansicht direkt entgegengesetzte ist die von Schweppe, Vangerow u. a. m. vertretene, welche den Vergleich als ein Entstehungsgrund von Schuldverhältnissen auffaßt und ihn deshalb bei der Lehre von der Entstehung der Schuldverhältnisse behandelt. Dem ist entgegenzuhalten, daß unter Umständen beim Vergleich überhaupt kein Schuldverhältnis entsteht. So in dem l. 11 C. h. t. gegebenen Beispiele. Hier hat ein Vater seine beiden Söhne zu Erben eingesetzt und für den Fall, daß der eine ohne Erben sterben würde, ihm den andern fideikommissarisch substituiert. Die beiden Brüder schließen aber einen Vergleich, indem sie beide auf ihren bedingten Anspruch auf den Erbteil des andern verzichten. Aber zugegeben, der Vergleich hat in den meisten Fällen die Entstehung eines Schuldverhältnisses zur Folge, so wird damit meistens auch eine Aufhebung oder wenigstens teilweise Aufhebung verbunden sein. Man könnte ihn also ebenso gut für die Aufhebungsarten wie für die Begründungsarten von Schuldverhältnissen reklamieren, schon Beweis genug dafür, daß solche Auffassungen das Charakteristische unseres Rechtsinstituts nicht treffen. Die eine Ansicht beweist nur die Unzulänglichkeit der andern.

Dieselben Gründe sprechen gegen Auffassungen, welche die Eigenart des Transaktes in der „Umwandlung des Schuldverhältnisses“[7]) oder in der „Feststellung“[8]) erblicken.

Eine nähere Betrachtung verdient die Ansicht von Risch, die in letzter Zeit von Bülow wieder aufgenommen ist.

Die Untersuchung von Risch[9]) ist im wesentlichen folgende: Die transactio ist ursprünglich eine Spezies des pactum de non petendo des Zwölftafelrechts. Dieses pactum de non petendo des älteren Rechts hat lediglich eine prozeßbeendende Natur, es ist „die vertragsmäßige Beendigung eines obwaltenden Rechtsstreites durch eine in jure geschehene Erklärung der Parteien“. Geschieht diese Erklärung nur „gegen Entschädigung des Klägers für seine Litisdesistenz“, so liegt eine transactio vor, während das pactum schlechthin von dieser Entschädigung des Klägers abstrahiert. Diese Auffassung wurde aber unmöglich, als im Laufe der geschichtlichen Entwickelung des pactum de non petendo zur materiellen Aufhebungsart der Obligationen geworden war, wenn man nicht die transactio nur in Gestalt eines liberatorischen Vertrags für möglich erklären wollte. Auf Grund dieser Deduktionen kommt Risch zu dem Resultat:

„Der Vergleich ist das Urteil in Gestalt des entgeltlichen Vertrages.“

---

[7]) So Savigny, System, Band VII, S. 2 und Keller, Pandekten, 2. Auflage, bes. von Lewis, S. 604.

[8]) Sturm, die Lehre vom Vergleich, § 5.

[9]) Risch, der Vergleich, S. 23 ff.

Daraus folgert er, daß der Vergleich in den allgemeinen Teil hineingehöre. Hier sind wieder zwei Möglichkeiten:

1) man stellt den Vergleich als entgeltlichen Vertrag neben die Schenkung,
2) man weist ihm als Streitbeendigungsmittel einen Platz neben dem Urteil an.

Risch selbst gibt der letzteren Möglichkeit den Vorzug.

Bülow[10]) betont fast noch mehr die „Zweckgemeinschaft" mit dem Urteil, welche in der „Schaffung konkreter Privatrechtsgewißheit" besteht, und erklärt die Stellung neben dem Urteil für „das allein Richtige".

In der Tat wird dieser Auffassung in mehreren Pandektenlehrbüchern Rechnung getragen. Unter den Feststellungsgeschäften wird der Vergleich von Bekker[11]) behandelt, bei der Lehre vom Inhalt der Rechtsgeschäfte erörtert ihn Regelsberger.[12]) Am entschiedensten geht Wendt[13]) vor. Bei ihm finden wir den Vergleich unter dem gemeinsamen Titel **pro judicato** zwischen Schiedsspruch und Schiedseid gleich hinter dem Urteil.

Jedoch auch diese Ansichten, welche die Rechtsnatur des Vergleichs mehr oder weniger in seiner Urteilswirkung erblicken, dürften kaum den Charakter unseres Rechtsinstituts seinem ganzen Wesen nach treffen. Zunächst beschränken sie alle den Vergleich auf die streitigen Rechtsverhältnisse, was, wie wir noch eingehend im nächsten Abschnitt untersuchen werden, nicht mit den Quellen übereinstimmt und außerdem praktisch zu den unerträglichsten Konsequenzen führen würde. Wenn der Unterhaltsberechtigte mit dem Unterhaltsverpflichteten einen Vertrag schließt des Inhalts, daß er statt jährlich 500 Mk. eine einmalige Abfindung von 5000 Mk. erhält, so hat dieser Vertrag, durch den die Parteien die Ungewißheit der Dauer der Alimentationspflicht beseitigen wollen, doch wirklich nichts mit dem Urteil gemeinsam. Bülow ist sich dessen auch sehr wohl bewußt, er erblickt in derartigen Verträgen eine ganz besondere Spezies und führt für diese die Bezeichnung „Abfindungsvertrag" ein. Ich glaube, die Freude, die er an seiner neuen Schöpfung erleben wird, wird kaum besonders groß sein. Wo will er mit dem „Abfindungsvertrag" im System bleiben? Er darf ihn auf keinen Fall mit dem Vergleich zusammen neben das Urteil stellen. Ist er also gezwungen, beide auch nach seiner Ansicht eng verwandten Verträge von einander zu trennen, so spricht diese Notwendigkeit sicherlich nicht für die Natürlichkeit seiner Auffassung vom Wesen des Vergleichs. Aber zugegeben, der Vergleich ist auf die streitigen Rechtsverhältnisse zu beschränken, so möchte ich immer noch fragen, ob denn auch wirklich das entscheidende Charakteristikum des Vergleichs in seiner Urteilsmäßigkeit liegt. Zunächst ist doch der große Unterschied vorhanden, daß das Urteil deklaratorisch wirkt, d. h. einen bisher bestrittenen Anspruch als unzweifelhaft hinstellt, wogegen der Vergleich daneben konstitutive Wirkung hat, nämlich subjektive Rechte neu schafft. Daß der vor Gericht geschlossene Vergleich hinsichtlich der Voll-

[10]) Bülow, im Archiv für die civilistische Praxis, Band LXXXIII, S. 84 f.
[11]) Bekker, Pandekten, Band II, § 110.
[12]) Regelsberger, Pandekten, Band I, § 171.
[13]) Wendt, Pandekten, S. 280.

streckbarkeit dem Urteil gleichgestellt wird durch § 794 Nr. 1 u. 2 C. P. O., beweist weiter nichts als die Gemeinsamkeit des Zweckes, nämlich der Streitbeendigung. Daß der Vergleich vor allem auch entgeltlicher Vertrag ist, tritt bei dieser Auffassung überhaupt nicht hervor und ich kann mich nur einverstanden erklären, wenn Windscheid[14]) in Bezug auf die Ansicht von Risch sagt, „daß dadurch nicht die Einsicht in das rechtliche Wesen des Vergleichs gefördert wird, daß vielmehr das, was von ihm rechtlich auszusagen ist, fast ausschließlich darauf beruht, daß der Vergleich Vertrag und nicht Streitbeendigung ist."

Der rechtlichen Natur des Vergleichs im vollen Maß gerecht zu werden, scheint mir nur eine Ansicht, die für das gemeine Recht eingehend von Oertmann[15]) dargelegt ist, für das B. G. B. ihren Hauptvertreter in Crome[16]) findet. Da im zweiten Teil dieser Arbeit doch noch näher auf dieselbe eingegangen werden muß, so sei dieselbe an dieser Stelle nur kurz skizziert:

„Die verschiedensten Rechtsgeschäfte," führt Windscheid[17]) aus, „sind nichts real Existierendes; es wird nie eine Eigentumsübertragung, eine Forderungsbegründung, eine Liberation als solche gemacht; in der Wirklichkeit gibt es nur Eigentumsübertragungen ꝛc. mit diesem und jenem „Charakter", der Charakter ist es, welcher den Akt aus der Abstraktion in die Realität hinüberzieht."

Diese allgemeinen Gedanken, welche Windscheid bei der Frage nach der Rechtsnatur der Schenkung ausspricht, sind auch besonders geeignet, die Erkenntnis vom rechtlichen Charakter des Vergleichs erheblich zu fördern. Die Leistungen, welche den Inhalt des Vergleichs bilden, können, wie später noch eingehender zu erörtern ist, den verschiedensten Rechtsgebieten angehören, sie können z. B. schuldrechtlicher, sachenrechtlicher, familien- und erbrechtlicher Natur sein. Das einzige, was sie gemeinsam haben, ist die causa transactionis, der wirtschaftliche Zweck, um dessen willen sie gemacht werden.

Nehmen wir den Fall, A. tradiert dem B. 1000 Mk. Dies kann entweder als Preis für eine erhaltene Ware geschehen, oder ein Darlehen sein, oder aber auch die Gegenleistung dafür bilden, daß B. seinerseits zur Beseitigung eines Streits oder einer Ungewißheit, sei es durch Verzicht oder Anerkenntnis oder irgend einen andern Akt, beigetragen hat.

Irgend eine causa muß die Übergabe der 1000 Mk. haben, sonst schwebt sie in der Luft und kann jederzeit durch eine condictio rückgängig gemacht werden.

Die causa transactionis enthält auch den obligatorischen Charakter des Vergleichs. Sie erstreckt sich in ihrer Wirkung nur unter den Parteien, indem sie den einzelnen Leistungen dauernden Bestand gibt. Sie allein ist jedem Vergleiche immanent, wie sie im einzelnen Falle erreicht wird, ob durch dare, facere oder liberare, ist vollständig gleichgültig; denn in den einzelnen Realisationsakten sind sonst keine gemeinsamen Spezifika des Vergleichs vorhanden.

[14]) Windscheid, Pandekten, 8. Auflage, bearbeitet von Kipp, § 413 N 13.
[15]) Oertmann, a. a. O., S. 40 ff.
[16]) Crome, System des B. G. B., Band II, S. 897.
[17]) Windscheid, a. a. O., § 365 N 18.

Ich sehe keine Bedenken, welche der Übertragung der eben entwickelten Auffassung auf das heutige Recht entgegenstehen könnten. In den Materialien finden wir unsere Ansicht allerdings nicht bestätigt. Die Motive[18]) wollen eine Zweiteilung vornehmen. Sie glauben, daß beim Vergleich ein Schuldverhältnis begründet wird, welches jedoch „in denjenigen nicht seltenen Fällen weniger hervortritt, wo der dingliche Vertrag als sofortige Erfüllung hinzutritt." Diese Halbierung des Vergleichs wird schon vollständig durch die Protokolle[19]) als unzulässig verworfen. Es besteht dort sogar ein Anklang an den hier vertretenen Standpunkt, wenn darauf hingewiesen wird, „daß der Verkehr das ganze Geschäft als Vergleich bezeichne, daß für den Begriff des Vergleichs es nur wesentlich sei, daß das streitige oder ungewisse Rechtsverhältnis außer Streit gesetzt werde."

Den Schluß dieses Abschnittes möge eine Charakteristik des Vergleichs von Zitelmann[20]) bilden, die unseres Erachtens besonders gelungen ist:

„Demnach ist der Vertrag ein gegenseitiger, jede Partei leistet etwas, die eine Leistung ist Entgelt für die andere, findet in dieser mithin ihre causa. Und zwar müssen die Parteien den Wert dessen, was jede von ihnen leistet und erhält, für geringer achten als den Wert, den das streitige, ungewisse als unstreitig, gewiß haben würde: das geringere muß den Parteien nur wegen seiner nunmehrigen Unstreitigkeit und Gewißheit als gleichwertig gelten mit dem größeren, aber bestrittenen und unsicheren."

§ 4. Voraussetzung des Vergleichs. Art und Umfang der Ungewißheit.

Daß irgend eine Ungewißheit die Grundlage des Vergleichs sein muß, ist so selbstverständlich, daß keine abweichende Meinung aufkommen kann. Die Uneinigkeit der Schriftsteller unserer Materie beginnt aber schon bei der Frage nach der Art und dem Umfange der Ungewißheit, ob subjektive, objektive Ungewißheit oder gar beides erforderlich ist, ob sich diese auf die Rechtsgültigkeit des Anspruchs allein oder auch auf seine Realisierbarkeit bezieht, mit andern Worten, ob die Ungewißheit nur eine rechtliche oder auch eine ökonomische sein kann.

Was den ersten Punkt anbelangt, so verlangt die herrschende Ansicht des gemeinen Rechts (Windscheid, Dernburg), der ich mich nur voll und ganz anschließen kann, subjektive Ungewißheit. Dagegen polemisiert besonders Bülow[21]), er fordert sowohl subjektive wie objektive Ungewißheit und findet dieses „doppelte Erfordernis deutlich aufgestellt in der l. 1 D. h. t. durch die Worte de re dubia und zugleich lite incerta neque finita." Diese Ansicht beruht, was die quellenmäßige Begründung

[18]) Motive, Band II, S. 650.
[19]) Protokolle, Band II, S. 525.
[20]) Zitelmann, das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Allg. Teil, S. 148.
[21]) Bülow, im Archiv für die zivilistische Praxis, Band 83, S. 83 N 90.

betrifft, auf einer meines Erachtens unrichtigen Interpretation der von ihm herangezogenen Stelle. Dieselbe lautet vollständig:

„Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta nepue finita transigit qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit."

Betrachtet man die von Bülow herausgegriffenen Worte in ihrem ganzen Zusammenhange, so wird man zu dem Schluß gelangen, daß seine Folgerung viel zu weitgehend ist, daß sie der Absicht, welche Ulpian mit obigen Worten verfolgte, direkt widerspricht. Wie Oertmann[22]) auch schon ausführt, will der Jurist den Unterschied zwischen Vergleich und Schenkung demonstrieren. Die donatio setzt voraus animus donandi, dieser aber gründet sich auf der Überzeugung über ein dem Schenkenden unzweifelhaft zustehendes Recht zu verfügen, also auf subjektiver Gewißheit. Der Vergleich dagegen hat Ungewißheit zur Voraussetzung. Diese Ungewißheit bei der transactio der Gewißheit bei der donatio gegenüberzustellen, ist der Zweck obiger Stelle. Dieser Gegensatz würde aber vollständig zurücktreten, wollte man daneben noch mit Bülow zwischen „subjektiv und objektiv" auf der einen und nur „subjektiv" auf der andern Seite unterscheiden. Auch durch das Wörtchen „quasi" scheint angedeutet werden zu sollen, daß die Ungewißheit nur nach der Ansicht der Parteien vorhanden zu sein braucht.

Vollständig versagt die Auffassung von Bülow, wenn man sie in die Praxis umsetzen wollte. Man denke: Zwei Leute gehen vor den Richter, im Laufe des Prozesses versöhnen sie sich und möchten vor Gericht einen Vergleich schließen. Wäre der Richter in diesem Zeitpunkt sich schon innerlich klar darüber, wie zu entscheiden ist, müßte er die Parteien mit ihrem Begehren abweisen, denn objektive Ungewißheit wäre dann schon nicht mehr vorhanden. Wäre ein solches Resultat nicht geradezu eine Verhöhnung der ethischen Wahrheit, die in dem Sprichwort liegt:

Vergleichen und Vertragen ist besser als Zanken und Klagen.

Prozeß- und Streitlust würden ja geradezu von Amtswegen großgezogen und gefördert!

Daß ein Anspruch, der subjektiv ungewiß ist, daneben oft auch wirklich objektiv ungewiß ist, läßt sich nicht bestreiten. Essentiell für den Vergleich ist aber lediglich die subjektive Ungewißheit. Daß diese wiederum wirklich vorhanden sein muß, daß Simulation derselben den Vergleich nichtig macht, bedarf auch wohl nicht der näheren Begründung.

Das B. G. B. hat sich der herrschenden Meinung des gemeinen Rechts angeschlossen. Das Erfordernis der subjektiven Ungewißheit geht klar hervor aus den Worten „der Streit oder die Ungewißheit der Parteien". Dies wird auch fast ausnahmslos in der Literatur anerkannt. Dernburg[23]) sagt: „Es genügt, daß die Ungewißheit bei den Parteien besteht. Nicht erheblich ist, ob sie in der Sachlage begründet war, etwa nach der Auffassung eines dritten unbefangenen Beurteilers nicht vorhanden ist." Ähnlich sprechen sich Cosack[24]) und Matthiaß[25]) aus. Oert-

[22]) Oertmann, a. a. O., S. 53.
[23]) Dernburg, das bürgerliche Recht, 1. u. 2. Auflage, Band II, S. 110.
[24]) Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 3. Auflage, S. 586.
[25]) Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Auflage, Band I, S. 651.

mann[26]) hebt noch besonders hervor, „der Vergleich werde dadurch nicht ausgeschlossen oder hinfällig, daß durch nachträgliche Klärung der Sachlage die Ungewißheit auch für die Vergangenheit als subjektiv nicht vorhanden aufgehellt wird."

In Hinsicht auf die Ansicht von Bülow sagt Endemann[27]) folgendes: „Ich halte ebenfalls die einseitige Betonung einer subjektiven Ungewißheit im Sinne einer nach Belieben unterstellbaren für bedenklich, gehe aber nicht soweit, in jedem Falle auch eine objektiv bestätigte Ungewißheit zu verlangen. Es genügt, daß die Parteien in Wahrheit sich in Streit oder Ungewißheit befinden und diesen Zustand aufrecht erhalten haben, obgleich die Rechtslage durch richterliches Urteil sofort aufgeklärt werden könnte."

Endemann, welcher in früheren Auflagen seines Lehrbuches viel mehr dem Bülow'schen Standpunkt zuneigte, hat offenbar nur äußerlich noch den Gegensatz zu der herrschenden auch hier vertretenen Lehre gewahrt, während er sich innerlich bereits mit ihr ausgesöhnt hat. Auch von uns ist niemals bestritten worden, daß die subjektive Ungewißheit auch echt, d. h. in Wahrheit vorhanden sein muß. Nur insofern besteht noch eine Abweichung von Endemann, als obige Forderung nicht als eine für den Vergleich speziell geltende aufgestellt wird, sondern als selbstverständlich und hervorgehend aus den allgemeinen Grundsätzen des B. G. B. über die Bedeutung der bewußten Divergenz zwischen Wille und Erklärung angesehen wird. Wird die in Wirklichkeit nicht vorhandene Ungewißheit auf beiden Seiten simuliert, kommt § 117 B. G. Bs. in Anwendung. Wird sie nur auf einer Seite vorgegeben und die andere deshalb zum Vergleichsabschluß bewogen, so ist in Gemäßheit von § 123 B. G. Bs. Anfechtung wegen Täuschung möglich.

Auch das Reichsgericht[28]) hat schon in dieser Frage das Wort ergriffen. Es sagt:

„Ein Streit liegt deswegen nicht weniger vor, weil der Richter in der Lage ist, ihn sofort zu entscheiden, und ungewiß ist auch, was nur die Parteien nicht wissen."

Fassen wir das Ergebnis dieses Abschnittes noch mal zusammen, so können wir sagen: Nach gemeinem Recht wie nach B. G. B. ist nur subjektive Ungewißheit als Voraussetzung des Vergleichs wesentlich und erforderlich.

Ist somit die Ungewißheit der Art nach festgestellt, bleibt jetzt die Frage zu beantworten: Wie weit erstreckt sich diese Ungewißheit? Bezieht sie sich nur auf lis mota und timor litis oder auch auf die künftige Existenz und Realisierbarkeit?

Eine Ansicht in der gemeinrechtlichen Literatur tritt ein für die Beschränkung auf lis mota und timor litis. Von den „Pandektenschreibern" — wenn ich eine Bezeichnung gebrauchen darf, die sich Bekker in der Vorrede zum zweiten Bande seiner Pandekten selbst beilegt — sind hierher zu rechnen Arndts und Wendt. Nach ersterem besteht die Un-

[26]) Oertmann, Komm. zum R. der Schuldverh., S. 505, N. 3.
[27]) Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 8. Auflage, S. 1203.
[28]) Entscheidung des Reichsgerichts v. 30. 1. 1901, bei Gruchot, Band 45, S. 363.

gewißheit „in der wirklichen oder zu befürchtenden Streitigkeit eines Rechtsanspruchs".[29]) Wendt[30]) spricht von der „Beseitigung einer unter zwei Personen (ungenau!) schwebenden Rechtsangelegenheit". Risch[31]) will die Sphäre des Vergleichs auf die „reelle lis" und die „potentielle lis" beschränken. „Allerdings ließe es sich nicht leugnen angesichts mehrerer Stellen der Pandekten und des Codex (l. 8 D., l. 11 C. h. t.), daß unsere römischen Quellen den Vergleich in einer weiteren Bedeutung fassen." Er bezweifelt jedoch, „ob unserem deutschen Rechtsbewußtsein die Ausdehnung des Vergleichs über das Gebiet streitiger Verhältnisse hinaus zusage", ohne allerdings diese Behauptung zu begründen. Herold[32]) erklärt: „Der Umstand, ob ein Anspruch realisiert werden kann oder nicht, begründet keine Ungewißheit in betreff des rechtlichen Bestandes desselben." Das wird ihm jeder zugeben müssen. Daß er damit die Unzulässigkeit des Vergleichs über die Realisierbarkeit bewiesen hat, wird er aber wohl selbst nicht annehmen. Das wäre nur der Fall, wenn er nachweisen könnte, daß seine Gegner die ökonomische Ungewißheit in das Gebiet der streitigen Rechtsverhältnisse hineinschmuggeln wollten, was ihnen völlig fern liegt. Äußerlich gleichartig, nämlich mit einem besonderen Begriffe operieren Buhl, Bülow und Sturm. Buhl[33]) beschränkt „den Begriff des Vergleichs auf die Fälle, in welchen das festzustellende Verhältnis ein bestrittenes und darum ungewisses ist." Er kann dies um so leichter tun, als er für die ökonomische Ungewißheit seinen Sammelbegriff der „Auseinandersetzung" in Reserve hält. Bülow hat, wie schon erwähnt, einen neuen Begriff in seinem „Abfindungsvertrag" geschaffen. Sturm[34]) vollends redet einer „energischen Trennung des unechten Vergleichs vom echten" das Wort. Während die beiden ersten Autoren als Gegner ungefährlich sind, indem ihre ganze Unterscheidung in der Hauptsache auf einen Unterschied in der Ausdrucksweise hinausläuft, glaubt Sturm aus seiner Trennung erhebliche Konsequenzen ziehen zu müssen. Seiner Ansicht wird von Oertmann[35]) eine so eingehende und m. E. zutreffende Widerlegung zu teil, daß dieselbe an dieser Stelle nicht mehr nötig ist.

Wenn im Gegensatz zu den angeführten Autoren in dieser Arbeit die Ansicht von Windscheid, Dernburg, Regelsberger, Oertmann u. a. m. vertreten wird, so ist der einzige Grund hierfür der, daß diese sich auf zwei starken Pfeilern gründet, den Quellen und der Praxis des täglichen Lebens.

Von den Quellen kommt in Betracht l. 8 D. h. t. Diese Stelle enthält einen Kommentar Ulpians zu der oratio divi Marci. Um einer Verkürzung der dem Berechtigten zustehenden Alimente vorzubeugen, ist bestimmt, daß die transactio de alimentis mortis causa relictis futuris nur gültig ist, wenn der Prätor nach causae cognitio seine

---

[29]) Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 13. Auflage, S. 550.
[30]) Wendt, Lehrbuch der Pandekten, S. 280.
[31]) Risch, a. a. O., S. 30 und 67 f.
[32]) Herold, bei Grünhut, Band 16, S. 700.
[33]) Buhl, a. a. O., S. 115.
[34]) Sturm, Lehre vom Vergleich, S. 4.
[35]) Oertmann, a. a. O., S. 70 ff.

auctoritas erteilt hat. Als occasio legis kann man wohl die Übervorteilungen annehmen, welche in den Fällen vorzukommen pflegten, in denen der Unterhaltsberechtigte gegen eine einmalige Abfindungssumme auf seine Rechte verzichtete. Ungewiß ist bei solchen Vergleichen der modus pecuniae, welcher wiederum besonders abhängig ist von der aetas und der valetudo. Es handelt sich also nicht um qualitative, sondern lediglich um eine quantitative Ungewißheit. Daß die Grundlage des Vergleichs nicht in der Bestrittenheit des Alimentenanspruchs zu suchen ist, geht schon daraus hervor, daß dieser Fall durch l. 8 § 20 D. h. t. besonders erwähnt wird.

„Si cum lis quidem esset de alimentis, transactum autem de lite fuisset: transactio valere inconsulto praetore non potest, ne circumveniatur oratio, fingi enim lites potuerunt, ut transactio etiam citra praetoris fiat auctoritatem."

Man sieht, im Auge hat die lex mit ihren besonderen Bestimmungen eigentlich die Fälle ökonomischer Ungewißheit, nur um einer Umgehung des Gesetzes vorzubeugen, wird auch bei Vergleichen über ihrem Bestande noch streitige Alimentenansprüche die Mitwirkung des Prätors gefordert.

Ferner kann angeführt werden die schon oben gestreifte l. 11 C. h. t.:

„De fideicommisso a patre inter te et fratrem vicissim dato, si alter vestrum sine liberis excesserit vita, interposita transactio rata est, cum fratrum concordia remoto captandae mortis alterius voto improbabili retinetur."

Hier wird im Vergleich über einen Anspruch, dessen Existentwerden von dem Eintritt einer Suspensivbedingung abhängt, ausdrücklich für zulässig erklärt.

Um ökonomische Ungewißheit handelt es sich auch in l. 3 § 1 D. ad leg. Falc. XXXV, 2 und l. 44 D. de pact. II, 14.

Die Behauptung von Risch, „daß die Ausdehnung des Vergleichs über das Gebiet der strittigen Rechtsverhältnisse hinaus dem deutschen Rechtsbewußtsein nicht zusage", ist nicht nur sehr kühn, sondern auch den Tatsachen direkt widersprechend. Jeder, der einen Blick ins Geschäftsleben getan hat, weiß, wie oft dort Vergleiche, sogen. Akkorde geschlossen werden. Hier liegt hinsichtlich des rechtlichen Bestandes eines Anspruchs keine Ungewißheit vor. Aber was nützen die juristisch noch so gut fundamentierten Forderungen, wenn es sich um die Solvenz des Schuldners handelt. Wo nichts ist, da hat der Kaiser sein Recht verloren. Wer ist sich der Wahrheit dieses Sprichwortes wohl besser bewußt als der Kaufmann! Man glaubt nicht, wie unbeliebt bei Kaufleuten Zwangsvollstreckungen und Konkurs als Mittel gegen den säumigen Schuldner sind. Der gewiegte Geschäftsmann wendet sie nur an bei Schuldnern, denen er nicht traut oder deren Lage jede Hoffnung auf Besserung ausschließt, um sich Klarheit zu verschaffen. Sonst vergleicht er sich lieber, gewährt seinem Schuldner längere Fristen, läßt sich von der Höhe seiner Forderung etwas abhandeln und hilft ihm die Krisis zu überwinden. Treibt den Kaufmann Mitleid zu einer solchen Handlungsweise, will er seinem Schuldner etwas schenken? Niemals, er weiß genau, was er anrührt, er

weiß, daß, wenn er seinen Schuldner schont, er die Gewißheit hat, wenn nicht jetzt, so doch später, wenn nicht alles, so doch etwas zu erhalten. Gerichtliche Maßregeln kosten Geld, bringen infolge der nicht zu vermeidenden Verschleuderung wenig ein und ruinieren den davon Betroffenen vollständig.

Das B. G. B., welches ja überhaupt bemüht ist, sich der Auffassung des Verkehrs anzupassen, hat es für notwendig erachtet, seine Stellung zu dieser Frage klar und deutlich zu formulieren. Der Absatz 2 des § 779 B. G. Bs. lautet:

„Der Ungewißheit über ein Rechtsverhältnis steht es gleich, wenn die Verwirklichung eines Anspruchs unsicher ist."

Im ersten Entwurf fehlt dieser Zusatz. Die Motive[36]) sind der Ansicht, daß eine derartige Bestimmung überflüssig sei. Sie sagen: „Es ist also „ungewiß" in weiterem Sinne zu nehmen, wozu Praxis und Wissenschaft auf Grund der logischen Auslegungsregeln ohnehin kommen würden." Freuen kann man sich über einen solchen Optimismus, ist er aber auch berechtigt? Sollte sich nicht doch noch der eine oder andere Schriftsteller der Vergleichslehre gefunden haben, der, mit der ihm lieb und vertraut gewordenen Gegenansicht alt geworden, sie auch der Definition in der Fassung des ersten Entwurfs gegenüber vertreten hätte? Die Wege der menschlichen Gedanken sind manchmal wunderbar, es ist deshalb gut, daß die zweite Kommission, dem Frieden nicht trauend, ihnen so sichere Bahnen anwies, von denen eine Entgleisung nicht gut möglich ist.

Hiermit wäre zur Sprache gebracht, was über diesen Punkt im wesentlichen zu sagen ist, wenn nicht noch vor einigen Monaten gegen die Fassung des § 779 Abs. 2 von Hedemann schwerwiegende Bedenken erhoben wären, denen entgegenzutreten ich nicht versäumen möchte. Es ist dies um so mehr geboten, als Hedemann auf nichts weniger abzielt, als den ganzen Erfolg, der durch den zweiten Absatz meines Erachtens erreicht ist, in Frage zu stellen. Hedemann[37]) sagt über den Zweck des hier in Betracht kommenden Absatzes folgendes: „Man wollte vor allem diejenigen Fälle treffen, in denen der Gläubiger hoffte, besser zum Ziele zu kommen, wenn er die Hälfte der Schuld erlassen und dadurch den anderen Teil zur Anerkennung und sofortigen Zahlung bewegen würde." Er führt weiter aus, daß nach Analogie des ersten Absatzes es erforderlich sei, daß das Unsicherheitsgefühl hinsichtlich der Verwirklichung eines Anspruches bei beiden Parteien vorhanden ist. Bis hierher kann ich ihm nur zustimmen, nicht aber mehr dem, was er jetzt weiter festzustellen glaubt. „Wir haben bisher nur an den ängstlichen Gläubiger gedacht; der Schuldner aber wird in den meisten Fällen recht gut über die Aussichten einer Zwangsvollstreckung unterrichtet sein, also Gewißheit besitzen." Demzufolge kommt er zu dem Ergebnis, daß die Fassung des zweiten Absatzes verunglückt ist, daß er nur einen geringen Bruchteil der Fälle zu decken vermag, für die der Gesetzgeber ihn geschaffen hat.

---

[36]) Motive, Band II, S. 651.

[37]) Hedemann, der Vergleichsirrtum nach dem Rechte des deutschen Reiches (Jena 1903).

Wenn es überhaupt gestattet ist, möchte man sich fast wundern, daß Hedemann, wo er sich doch so deutlich den Willen des Gesetzgebers vergegenwärtigt hat, trotzdem sich noch so ängstlich an den Wortlaut des Gesetzes klammern zu müssen glaubt. Bei so klarer Kenntnis der ratio legis, sollte man denken, wäre es ihm ein Leichtes gewesen, sich vom Buchstaben etwas frei zu machen.

Der § 779 B. G. Bs. hat sich mit dem zweiten Absatz auf das Gebiet der wirtschaftlichen Unsicherheit begeben. Und diese ist, wenn es sich darum handelt, was wird die Zwangsvollstreckung uns bringen, auf beiden Seiten gleich groß. Ob der Schuldner wirklich so genau über die Aussichten der wie ein Damoklesschwert über seinem Haupte schwebenden eventuellen Zwangsvollstreckung unterrichtet ist, möchte ich schon leise bezweifeln. Die gepfändeten Sachen werden versteigert, welchen Preis sie bei der dann stattfindenden Verschleuderung erzielen, hängt von den Umständen ab, besonders von der mehr oder weniger großen Kauflust der Bietenden. In welcher Unsicherheit befindet sich aber sonst auch der Schuldner, bis daß es ihm gelingt, dieselbe durch einen Vergleich zu beseitigen. Führt die Zwangsvollstreckung nicht zur Befriedigung des Gläubigers, steht es diesem frei, jederzeit wieder nachzufassen. Hat der Schuldner die erste Grundlage zu einer neuen Existenz gelegt, kann der andere sie wieder zerstören. Und dann steht dem Gläubiger als letztes Mittel der gesellschaftlich infamierende Offenbarungseid zu. Kurzum, der Schuldner befindet sich wirtschaftlich in stetiger Unsicherheit, er kann nichts mit Hoffnung auf Erfolg beginnen, er muß stets darauf gefaßt sein, daß ihm ein Strich durch die Rechnung gemacht wird. Diese Unsicherheit auf seiten des Schuldners ist, wenn man nicht nur das Ob, sondern auch das Wie und das Wann der Verwirklichung ins Auge faßt, reichlich ebenso groß wie auf seiten des Gläubigers. Auch der Schuldner wird erleichtert aufatmen, wenn ein Vergleich ihn aus all dieser Unsicherheit befreit, seine wirtschaftliche Position wieder auf feste Füße bringt und das in Gestalt des Gerichtsvollziehers drohende Unheil von seiner Tür fern hält.

Macht man sich klar, daß durch das Wort „Verwirklichung" angedeutet ist, daß wir es mit einer nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu beurteilenden Unsicherheit zu tun haben, so muß es auch erlaubt sein, bei der Frage nach der Unsicherheit auf seiten des Schuldners, diese nach der wirtschaftlichen Lage zu beurteilen, in die ihn die Verwirklichung des Anspruchs bringen kann. Zieht man diese mit hinein, so findet man auch, daß der zweite Absatz sehr wohl den Zweck erfüllt, zu dem ihn der Gesetzgeber geschaffen hat.

Handelte es sich um Vorschläge de lege ferenda wie beim ersten Entwurf, so würde ich vielleicht Hedemann beistimmen in dem Wunsch, den zweiten Absatz etwas deutlicher zu machen. Jetzt bei einem Gesetze, welches in Kraft ist und noch lange in Kraft bleiben wird, einfach zu sagen, die Fassung ist verunglückt, ist zwar bequem, aber nicht richtig. Gerade in einem Falle wie dem vorliegenden, wo die ratio legis so sonnenklar hervortritt, ist es unsere Aufgabe, unter Zuhülfenahme derselben im Wege der extensiven Interpretation Abhülfe zu schaffen. Und das ist hier wirklich nicht schwer. Diejenigen, welche die von mir vor

genommene Auslegung für unzulässig erachten sollten, möchte ich zum Schlusse noch auf den Vorgang des Art. 306 des alten Handelsgesetzbuches verweisen. Dieser bestimmt, daß die daselbst anerkannten Vindikationsbeschränkungen auf gestohlene und verlorene Sachen keine Anwendung finden sollten. Da es aber klar war, daß der Gesetzgeber durch die betreffende Bestimmung den Grundsatz „Hand wahre Hand" wiedergeben und darum alle Fälle ausnehmen wollte, wo der Inhaber wider oder ohne seinen Willen den Gewahrsam eines Gegenstandes verloren hat, hat man auch niemals Bedenken getragen, den Artikel 306 in diesem Sinne extensiv zu interpretieren (cf. E. R. G. vom 20. April 1880), bis diese Auslegung durch den Zusatz des den Inhalt des Art. 306 wiedergebenden § 935 B. G. Bs. „oder sonst abhanden gekommen war" überflüssig geworden ist.

§ 5. Gegenstand des Vergleichs.

Schon bei der Frage nach der Rechtsnatur des Vergleichs ist darauf hingewiesen worden, daß der Charakter des Rechtsinstituts lediglich in seiner causa, der Beseitigung einer Ungewißheit durch gegenseitige Konzessionen, liegt. Wenn jetzt erörtert werden soll, über welche Gegenstände ein Vergleich möglich ist, so ist klar, daß für den Begriff desselben hierdurch nichts gewonnen wird. Höchstens könnte darin eine Förderung unserer Aufgabe erblickt werden, daß gewissermaßen der negative Beweis für die Richtigkeit unserer Charakterisierung des Vergleichs erbracht wird. Dieser besteht in dem Nachweis, daß die verschiedenartigsten Rechtsverhältnisse, auf die sich unser Rechtsinstitut beziehen kann, keine gemeinsame Spezifika mehr enthalten.

Gegenstand des Vergleichs nach gemeinem wie heutigem Recht können alle Rechtsverhältnisse sein, soweit sie der Disposition der Parteien unterliegen. Solche sind vor allem die obligatorischen und dinglichen und in großem Umfange auch die erbrechtlichen Verhältnisse. Hierher gehören auch die Urheberrechte. In beschränktem Umfange sind auch Vergleiche über familienrechtliche Verhältnisse zulässig, während Statusrechte mit wenigen Ausnahmen vergleichsunfähig sind. Daß öffentlichrechtliche Verhältnisse, z. B. Steueransprüche, nicht Gegenstand des Vergleichs sein können, erscheint selbstverständlich. Hinsichtlich der Zulässigkeit des Vergleichs über Strafansprüche ging das römische Recht sehr weit, was bei den Privatdelikten schon aus ihrem allgemeinen Charakter folgt. Nach heutigem wie gemeinem Recht ist nur noch der Strafanspruch aus dem Antragsdelikt als Gegenstand des Vergleichs anzuerkennen. Jedoch geht die Wirkung eines solchen Vergleichs nicht so weit, daß die nachherige Stellung eines Antrags innerhalb der gesetzlichen Frist ausgeschlossen ist.[38]) Diese begründet nur eine condictio causa data causa non secuta hinsichtlich des vergleichsweise Geleisteten. Ausschließende Wir-

[38]) cf. Dernburg, Bürgerliches Recht, Band II, S. 111, Anm. 8 A. M. E. R. G. in der deutschen Juristen-Zeitung, Jahrgang 1899, S. 133. Eingehende Erörterungen befinden sich in den Motiven, Band II, S. 652.

kung haben gemäß Str. P. O. § 420 nur vor dem Schiedsmann wegen Beleidigungen geschlossene Vergleiche. Auch auf prozeßrechtlichem Gebiete können Vergleiche vorkommen, man denke nur an die prorogatio fori.

§ 6. Inhalt des Vergleichs.

Bis jetzt sind nur der Charakter und die Voraussetzungen des Vergleichs behandelt worden. Ein wichtiger Punkt, der Inhalt des Vergleichs, fehlt noch. Will man die Überschrift dieses Paragraphen in die Frageform umwandeln, muß man sagen: Auf welchem Wege wird die Ungewißheit beim Vergleich beseitigt?

Die Beantwortung dieser Frage wird ein Charakteristikum des Vergleichs bringen, einen Teil vom Inhalt dessen, was wir als causa transactionis bezeichnen. Denn daß die Beseitigung einer Ungewißheit nicht allein den Vergleich zu einer Spezies stempelt, daß vielmehr die Art und Weise, wie dieses geschieht, auch wesentlich ist, ergibt sich, wenn man den Vergleich im Verhältnis zu verwandten Rechtsinstituten betrachtet.

Schon im Laufe der bisherigen Ausführungen ist auf die Ähnlichkeit, welche zwischen Vergleich und Urteil besteht, hingewiesen, zugleich aber auch betont worden, daß es einseitig wäre, hierauf die Auffassung von der Rechtsnatur des Rechtsinstituts aufzubauen. Der große Unterschied, der bei einem solchen Vorgehen unberechtigterweise zurücktritt, ist der, daß der Vergleich sich nicht auf streitige Rechtsverhältnisse allein beschränkt, daß er durch Vertrag zwischen den Parteien und nicht durch die Tätigkeit der einseitig angerufenen öffentlichen Richtergewalt zustande kommt.

Eine etwas nähere Verwandtschaft besteht schon zwischen dem Vergleich einerseits und dem Schiedsrichtervertrag (compromissum) und Schiedseidvertrag andererseits, weil für das Zustandekommen dieser Verträge dem Vertragswillen der Parteien schon mehr Bedeutung innewohnt.

Eine dritte Gruppe von Verwandten, m. E. die nächsten, bilden der vertragsmäßige Verzicht und das vertragsmäßige Anerkenntnis. Sie unterscheiden sich vom Vergleich dadurch, daß sie lukrativer Natur sind, während der Vergleich ein oneroser Vertrag ist.

Alle diese Verwandten haben mit dem Vergleich als Voraussetzung irgend eine Ungewißheit gemeinsam. Weil demnach der einzige Unterschied nur in der Art der Beseitigung dieser Ungewißheit besteht, ist eine genaue Untersuchung derselben notwendig.

Auch bei dieser Frage mögen einige kurze historische Notizen die Einleitung bilden.[39])

Im ältesten römischen Recht scheint der Vergleich zuerst als pacio im Sühneprozeß zur Beseitigung der talio vorgekommen zu sein. Es ist dies zu schließen aus folgendem Satze der zwölf Tafeln:

„Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto."

[39]) Vergleiche hierzu Oertmann, a. a. O., S. 24—35 und 111—120.

In späterer Zeit bediente man sich, soweit es sich um den Erlaß einer Schuld handelte, des formlosen **pactum de non petendo**. Dieses erzeugte nur eine **exceptio pacti**, eine Klage auf die Gegen- beziehungsweise Abfindungsleistung gab es nicht. Diese konnte nur erzwungen werden durch eine Klage auf die ursprüngliche Leistung, die vor dem Abschluß des **pactum** geschuldet wurde, indem man dann der **exceptio pacti** mit der **replicatio doli** begegnete. Für die Anerkennung gebrauchte man die **stipulatio**, für den Erlaß die **acceptilatio**. Da das Mittel der **acceptilatio** nur zulässig war zur Tilgung von Verbalobligationen, war in allen andern Fällen die vorherige Umwandlung des betreffenden Anspruchs in Stipulationsform notwendig, der dann erst durch **acceptilatio** ausgeglichen wurde. Dies Verfahren war die **stipulatio Aquiliana**. Erst später wurde die **transactio** zu einem Innominatkontrakt, und derjenige, welcher vorgeleistet hatte, konnte die Gegenleistung mit der **actio praescriptis verbis** einklagen.

Nach dem gemeinen Recht, das ja überhaupt die Rezeption des römischen Kontraktensystems abgelehnt hat, kommt ein Vergleich **nudo consensu** zustande. Erst jetzt entstand eine eigentliche **actio transactionis** auf Grund des formlosen Vergleichsvertrages.

An diese Entwickelung zur Formlosigkeit schließt sich das B. G. B. an. Es geht sogar soweit, daß es in Fällen, wo es sonst Schriftlichkeit fordert, zugunsten des Vergleichs hiervon absieht. Diese Fälle sind das Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis, welche im Wege des Vergleichs erteilt werden (B. G. B. § 782). Wird dagegen Schriftlichkeit gefordert ohne Rücksicht auf das dem betreffenden Akt zu Grunde liegende Geschäft, so ist diese Form natürlich auch beim Vergleich erforderlich (z. B. B. G. B. §§ 311—313).

Soll jedoch die von Dernburg übernommene Definition lediglich eine Antecipation der Ergebnisse späterer Untersuchungen bleiben, so erübrigt sich noch immer der Nachweis, daß im gemeinen Recht der Inhalt des Vergleichs mit den Worten „gegenseitige Konzessionen" richtig bezeichnet ist.

Wenn man auch diese Erörterungen mit einem Überblick über die gemeinrechtliche Literatur beginnt, so ist Übereinstimmung darin zu konstatieren, daß einseitiges Aufgeben nicht genügend ist, vielmehr von jeder Seite eine Leistung erfolgen muß. Das ist aber auch eigentlich schon wieder alles; denn wie weit man von einer Entgeltlichkeit des Vertrages sprechen kann, darüber gehen die Meinungen auseinander.

Viele beschränken die Entgeltlichkeit auf den Fall, wo beide Parteien von ihren Prätensionen nachlassen. Ein Vertreter dieser Ansicht ist zum Beispiel Arndts.[40]) Nach ihm wird die Ungewißheit beseitigt, „indem beiderseits von dem wirklichen oder vermeintlichen Recht etwas nachgegeben wird."

Diese Vorstellungen haben allein den Fall im Auge, daß auf der einen Seite teilweise erlassen, auf der andern teilweise anerkannt wird. Z. B. A. fordert 100 Mk., B. behauptet, ihm nichts schuldig zu sein.

[40]) Arndts, a. a. O., S. 550.

Sie einigen sich auf die Hälfte. Hier erläßt A. 50 Mk. und B. erkennt die Forderung in Höhe von 50 Mk. an.

Wie liegt die Sache aber, wenn der eine Teil ganz anerkennt oder erläßt, hierfür aber als Aequivalent eine Abfindungsleistung erhält? Es ist schlecht einzusehen, weshalb in einem solchen Falle kein Vergleich vorliegen soll.

Zunächst lassen sich gegen Arndts und Genossen die Quellen anführen, und zwar vor allem die heiß umstrittene l. 38 C. h. t. Sie ist eine lex geminata und kommt noch vor l. 3 C. VI, 31.

„Transactio nullo dato vel retento seu promisso minime procedit".

Diese Stelle besagt, wenn sie, wie Bülow[41]) und Oertmann[42]) es im Gegensatz zu Buhl[43]) getan haben, so interpretiert wird, daß „retento" im Einklang mit „dato" und „promisso" sich befindet, richtiger Ansicht nach, daß für das totale Nachgeben der einen Partei von der andern eine Abfindungsleistung übernommen werden muß, wenn man überhaupt von einem Vergleich reden will. Als solche Abfindungsleistungen sind an obiger Stelle registriert:

a) dare, die Verschaffung des Eigentums oder eines dinglichen Rechts,
b) promittere, die Übernahme einer obligatorischen Verbindlichkeit,
c) retinere, die Aufgabe eines Anspruches.

Wer die Richtigkeit der Auslegung dieser Stelle anzweifelt, der wird die Zulässigkeit der Abfindungsleistung bestätigt finden durch die lex 33 (34) pr. C. h. t.

„Si pro fundo, quem petebas, praedium certis finibus liberum dari transactionis causa placuit — — —

Diese Worte sprechen so deutlich für die Richtigkeit der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung, daß sie einer Erläuterung nicht erst bedürfen.

Steht somit die Bestätigung durch die Quellen fest, so lassen sich anderweitige Gegengründe kaum noch finden. Wenigstens weiß ich nicht, daß von den Gegnern solche angeführt werden, finde vielmehr, daß Windscheid[44]), Dernburg[45]) und andere das, was ich noch zu beweisen versuche, aussprechen, ohne irgend welche Gegenansichten zu widerlegen, geschweige denn über ihre eigene Auffassung Bedenken zu äußern.

Hätte nun der § 779 B. G. Bs. von der herrschenden und richtigen Ansicht des gemeinen Rechts abweichen wollen, wäre dies sicher durch den Wortlaut klar zum Ausdruck gebracht worden. Hier heißt es aber nur, „im Wege gegenseitigen Nachgebens". Dies ist dasselbe, was durch die Dernburg'sche Definition gesagt wird, nur ist statt „Konzessionen" das gute deutsche Wort „Nachgeben" gewählt worden.

---

[41]) Bülow, a. a. O., S. 82, N. 47.
[42]) Oertmann, a. a. O., S. 125.
[43]) Buhl, a. a. O., S. 85.
[44]) Windscheid, Pandekten, 8. Auflage, Band II, S. 779.
[45]) Dernburg, Pandekten, 6. Auflage, Band II, S. 298.

Gegen eine Beschränkung im Sinne von Arndts und Genossen verwahren sich nachdrücklich die Protokolle,[47]) indem sie sagen:

„Wenn dieses Opfer, welches von den Parteien gebracht werde, als ein „gegenseitiges Nachgeben" bezeichnet werde, so könne dies möglicherweise nicht ganz genau für den Fall erscheinen, wo eine Geldsumme für das Aufgeben eines Rechts bezahlt werde, es sei jedoch zu erwarten, die Rechtsprechung werde nicht verkennen, daß es sich hierbei nicht um einen technischen juristischen, sondern um einen geläufigen und deshalb für den Gesetzgeber annehmbaren Ausdruck des täglichen Lebens handele, der eben deswegen nicht im engeren Sinne, sondern in dem weiteren Sinne auszulegen sei, den der Sprachgebrauch mit ihm verbindet."

Also wiederum der unentwegte Optimismus, den wir schon vorhin zu bewundern Gelegenheit hatten. Aber diesmal, glaube ich, ist er berechtigt. Die Ansicht von Arndts und seinen Anhängern war ja eigentlich schon im gemeinen Recht überwunden. Während ich an anderer Stelle den klarstellenden zweiten Absatz des § 779 B. G. Bs. mit Freuden begrüßt habe, würde ich in diesem Falle einen solchen im Interesse der Knappheit des Gesetzestextes bedauert haben. Wiewohl ich mir auch bewußt bin, daß die Auslegung der Protokolle nicht maßgebend sein darf, so glaube ich doch wiederum, daß sie in der Wissenschaft wie in der Praxis nicht auf Widerstand stoßen wird.

Wenn Oertmann[47]) bezüglich der Definition von Dernburg wie der des B. G. Bs. der Meinung ist, daß „in diesen Definitionen für die prinzipielle Verschiedenheit der im Vergleich bestimmten Leistung und der Abfindungsleistung kein Raum bleibt", so kann ihm nur nochmals erwidert werden, daß „Konzessionen" sowohl wie „Nachgeben" keine spezifisch juristisch-technische Ausdrücke sind, mit denen sich ein fest umgrenzter Sinn verbindet. Sie entstammen dem täglichen Leben, und dieses ist nicht so rigoros, wie Oertmann bei seiner Auslegung sein zu müssen glaubt. Wenn Oertmann der Wortlaut des B. G. B. in diesem Punkte auch nicht gefällt, so geht er doch nicht so weit, wie Hedemann es in dem vorerwähnten Falle getan hat, daß er die Fassung für „verunglückt" erklärt und daraus seine Konsequenzen zieht. Im Gegenteil, dies sei hier gerne anerkannt, er zweifelt keinen Augenblick daran, daß auch die Fälle mit der Abfindungsleistung unter die Fassung des Paragraphen gehören. Gerade weil er die von seinem Standpunkt notwendige ertensive Interpretation auch vornimmt und so praktisch zu demselben Resultat kommt, hat eine Widerlegung auch nur theoretische Bedeutung.

Wie die Protokolle sich die Auslegung der betreffenden Worte gedacht haben, so ist sie auch fast in der gesamten Literatur [48]) vorgenommen. Eine Ausnahme scheint auch hier wieder Endemann machen zu wollen. Er sagt[49]): „Ohne die Vereinigung auf eine mittlere Linie würde ein unbeschränktes Anerkenntnis u. dergl. vorliegen. Ein teilweiser Verzicht

---

[46]) Protokolle, Band II, S. 524 f.

[47]) Oertmann, der Vergleich, S. 15 f und 285, desselben Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse, S. 504 f.

[48]) cf. Cosack, 3. Auflage, Band I, S. 587, Dernburg, 1. u. 2. Auflage, Band II, S. 110 f, Crome, Band II, S. 899 f.

[49]) Endemann, 8. Auflage, Band I, S. 1204 f.

gehört aber zu jedem Vergleich wie ein korrespondierendes teilweises Anerkenntnis."

Ich glaube, es genügt, daß die Ansicht Endemanns hier nur registriert wird. Eine Widerlegung ist nicht mehr nötig, sie ist schon im Vorhergehenden enthalten.

Somit kann dieser Abschnitt wiederum mit der Feststellung geschlossen werden, daß gemeines und heutiges Recht auch in diesem Punkte vollständig übereinstimmen.

II. Teil. Der Vergleichsirrtum.

A. Im gemeinen Recht.

§ 7. Die Bedeutung des Geschäftsirrtums beim Vergleich.

Die Lehre vom Irrtum ist beim Vergleich besonders kontrovers. Kann man sie schon an sich als eine der schwierigsten und umstrittensten Materien der Jurisprudenz bezeichnen, so ist sie beim Vergleich infolge seines eigenartigen Rechtscharakters nur noch komplizierter. Subjektive Ungewißheit und Irrtum sind zwei verwandte Begriffe; deshalb wird man leicht stutzig werden, wenn man beim Vergleich die allgemeinen Grundsätze über den Irrtum anwenden will, und sich die Frage vorlegen, ob hier nicht eine Ausnahme von der Regel geboten ist. In der Tat ist auch diese Frage von verschiedenen Seiten bejaht worden, bald in größerem, bald in kleinerem Umfange, während von anderer Seite dagegen betont wurde, daß auch beim Vergleich eine Durchbrechung des Prinzips nicht geboten sei. Auch die Entstehungsgeschichte unseres § 779 B. G. Bs. steht unter dem Zeichen dieser Meinungsverschiedenheiten. Während der erste Entwurf sich sehr der Windscheid'schen Lehre von der Voraussetzung näherte, hat die zweite Kommission die Bedeutung des Irrtums erheblich eingeschränkt.

Bei Behandlung der Irrtumslehre im gemeinen Recht werde ich der Übersichtlichkeit der Darstellung halber so verfahren, daß ich zuerst unter Zugrundelegung der Untersuchungen Savignys meine eigene Stellung in der Kontroverse fixiere und auf die Gegenansichten nur soweit eingehe, als es zur Begründung des eigenen Standpunktes durchaus notwendig ist. Dann wird es auch um so leichter werden, den Wirrwarr der Theorien und den Kampf der Meinungen zu übersehen, an ihnen Kritik zu üben und die eigene Ansicht zu prüfen.

Geradezu revolutionierend in der Irrtumslehre haben die Untersuchungen Savignys[50]) gewirkt. Weil auch noch heute unsere ganze Erkenntnis von der Bedeutung des Irrtums auf ihnen beruht, muß ich auf ihre Ergebnisse hier kurz eingehen.

In der älteren Literatur wurde bisher die Ansicht vertreten, daß Zwang und Irrtum dem Konsens im Wege ständen, da sie den wirklichen Willen ausschlössen. Dem sei, beweist Savigny, bloß scheinbar so. Es muß scharf unterschieden werden zwischen dem Willen selbst und dem, was ihm vorher geht. Der unter dem Einfluß von Zwang und Irrtum erklärte Wille ist als solcher vorhanden, denn der Handelnde hat noch immer die Möglichkeit, zwischen zwei entgegengesetzten Entschlüssen zu wählen. Wenn er dem Einfluß des Zwanges nachgibt, wenn er sich durch eine irrtümlich in ihm entstandene Vorstellung bestimmen läßt, so ist es lediglich er selbst, der diesen Tatsachen eine so entscheidende Wirkung auf seinen Willen gestattet. Hebt demnach der Zwang an sich den Willen nicht auf, so liegt jedoch in ihm ein unsittliches Moment, gegen welches das Recht Front machen muß. Wird ferner der Irrtum des Handelnden durch die Unredlichkeit eines andern erregt, so darf das Recht nicht dulden, daß der Täuschende durch diese unsittliche Handlungsweise irgend welche Rechtsvorteile erlangt. Andere falsche Vorstellungen, die nicht durch solche unsittlichen Einflüsse hervorgerufen werden, kann das Recht nicht berücksichtigen. Ein solcher Irrtum, von Savigny „echter Irrtum" genannt, hat auf den Bestand des Rechtsgeschäftes in der Regel keinen Einfluß.

Anders liegt aber die Sache bei Nichtübereinstimmung des Willens mit der Erklärung. Der Irrtum, welcher dieser Divergenz zu Grunde liegt, bewirkt Abwesenheit des Willens. Hier tritt nicht Nichtigkeit ein wegen Irrtums, sondern wegen Fehlens des Willens. „Es fehlt," wie Savigny sagt, „an der notwendigen Bedingung einer juristischen Tatsache." Er spricht deshalb in einem solchen Fall von einem „unechten Irrtum".

Während die von Savigny gemachte Unterscheidung noch jetzt grundlegend ist, hat die von ihm eingeführte Terminologie sich nicht als praktisch erwiesen. Man sagt besser statt „unechten Irrtum" wie Dernburg[51]) „Geschäftsirrtum".

Verlangt Savigny, daß im Falle des Geschäftsirrtums „der Irrende frei von jeder Verbindlichkeit bleibt, ohne Unterschied, ob er diesen Irrtum vermeiden konnte oder nicht", so wäre, wie Dernburg richtig bemerkt, „diese Auffassung unwiderleglich, wenn eine philosophische oder mathematische Aufgabe in Frage stände". Quellen wie Praxis fordern jedoch Entschuldbarkeit.

Daß diese neuen Gedanken auch für die Beantwortung unserer Frage von Bedeutung sind, ist klar. Aber wie überall, so drangen auch hier die neuen Ideen erst langsam in die Köpfe ein. Gerade auf dem Gebiete des Vergleichs sollten sie heftigen Widerstand finden. Während man sie in andern Materien wohl oder übel aufgenommen hatte, arbeitete man beim Vergleich noch lange mit den alten Regeln weiter. Wer einen

[50]) Savigny, System des Obligationenrechts, Band III.
[51]) Dernburg, Pandekten, Band I, § 95.

Blick in die damalige Literatur über unser Rechtsinstitut warf, konnte unmöglich etwas von der Umwälzung ahnen, die in der Jurisprudenz vor sich gegangen war. Lange noch sollte der Vergleich das einsame weltentlegene Eiland bleiben, zu dem noch nichts hinübergedrungen war von dem, was sich auf dem Kontinent abgespielt hatte. Das Verdienst, hier Wandelung geschaffen zu haben, gebührt Risch. Ein freudiger Empfang wurde ihm nicht bereitet.[52]) Erst nach und nach haben sich die Gedanken Savignys auch in der Vergleichslehre Geltung verschafft.

Da der Vergleich ein Vertrag ist, unterliegt er auch den allgemeinen Regeln über den Einfluß des Irrtums bei Verträgen. Abweichungen müßten sich aus der besonderen Rechtsnatur des Vergleichs ergeben. Soviel ist jetzt schon sicher, daß zum Tatbestand des Vergleichs notwendig gehört ein Wille auf jeder Seite und Übereinstimmung beider Willenserklärungen. Daraus ergibt sich, daß der Geschäftsirrtum beim Vergleich dieselbe Wirkung haben muß wie bei andern Verträgen. Die vier Arten des Geschäftsirrtums sind:[53])

a) der Irrtum über die Art des Geschäfts — error in negotio,
b) Irrtum über die Identität des Mitkontrahenten wie über individualisierende Eigenschaften desselben — error in persona,
c) Irrtum über die Identität des Geschäftsobjektes — error in corpore,
d) Irrtum über eine Eigenschaft der Sache, wenn durch die irrig vorausgesetzte Eigenschaft nach den im wirklichen Verkehr herrschenden Begriffen die Sache zu einer andern Art von Sachen gerechnet werden müßte, als wozu sie wirklich gehört — error in substantia.

Liegt ein solcher Geschäftsirrtum vor, so fehlt der Wille, und der Vertrag ist infolgedessen nichtig. Ist der Geschäftsirrtum nur auf einer Seite vorhanden, so tritt wegen Fehlens des Konsenses ebenfalls Nichtigkeit ein. Hiervon kann der Vergleich, weil er eben Vertrag ist, schlechterdings keine Ausnahme machen.

Bedenken könnte vielleicht folgender Fall erregen. A. und B. vergleichen sich über die Existenz einer Forderung. Hinterher ergibt sich aus einer Urkunde, daß die Forderung in bestimmter Höhe als gewiß existiert. Liegt hier nicht error in substantia vor? Der Vergleich müßte dann nichtig sein, dem widersprechen aber die Quellen, folglich sind die Grundsätze über den Geschäftsirrtum nicht anwendbar, error in substantia liege deswegen vor, weil die Forderung, indem sie infolge der Auffindung der Urkunden aus einer ungewissen zu einer gewissen wird, nach den im Verkehr herrschenden Begriffen zu einer andern wird. Ich würde dies alles gelten lassen, wenn nicht bei obiger Argumentation eines übersehen wäre, daß nämlich subjektive Ungewißheit beim Vergleich erforderlich ist. So gut ich mir einen Irrtum darüber vorstellen kann, ob etwas objektiv ungewiß ist, so halte ich einen Irrtum darüber, ob eine Tatsache subjektiv

---

[52]) cf. Medem bei Gruchot, 14. Jahrgang, S. 676, Anm. 55.
[53]) cf. Dernburg, Pandekten, Band I, § 102, und Savigny, a. a. O., S. 263—302.

ungewiß ist, einfach für undenkbar. Die Sache liegt vielmehr so, daß das, worauf der Irrtum beruht, nämlich eine falsche Vorstellung oder Unkenntnis, beim Vergleich eben notwendiges Erfordernis ist. Hierbei noch von einem Irrtum sprechen zu wollen, wäre eine contradictio in adjecto gröbster Sorte. Ebensogut könnte man sagen: „Bezüglich meines Irrtums befinde ich mich im Irrtum."

Es ergibt sich also, daß man, soweit sich die subjektive Ungewißheit erstreckt, nicht von einem Irrtum über diese subjektiv ungewissen Tatsachen sprechen kann, auch wenn sich ex post facto die Gewißheit dessen, was die Parteien als ungewiß annehmen, ergeben sollte. Ein Irrtum im Gebiete der subjektiven Ungewißheit ist m. E. logischerweise ausgeschlossen. Anders gestaltet sich der Fall, wenn es sich um das Weshalb der Ungewißheit handelt. Inwiefern jedoch eine irrige Vorstellung der Parteien über solche als gewiß angenommene Punkte, die lediglich als Erreger der subjektiven Ungewißheit in Frage kommen, auf die Existenz des Transaktes einwirkt, ist im folgenden Paragraphen zu untersuchen. Ein Geschäftsirrtum kann hier schwerlich angenommen werden, weil es sich um Punkte handelt, die außerhalb der subjektiven Ungewißheit liegen. Die Annahme der Parteien, daß gewisse Tatsachen feststehen, bildet den Beweggrund für ihr Handeln. Ein Irrtum hierüber wäre ein Irrtum im Motiv.

Man kann also getrost sagen, die Bedeutung des Geschäftsirrtums ist beim Vergleich dieselbe wie bei andern Rechtsgeschäften. Daß ein Irrtum über die subjektive Ungewißheit nicht vorkommen kann, ändert an der Richtigkeit dieses Satzes nichts. Soweit nämlich ein Irrtum nicht vorkommt, hat er um diese triviale Wahrheit noch auszusprechen — auch keine Bedeutung.

§ 8. Nichtigkeit des Vergleichs wegen Verfehlung des Zwecks.

Hält man an der Savigny'schen Einteilung fest, so ist jetzt zu prüfen, welche Bedeutung der „echte Irrtum", der Irrtum im Motiv, beim Vergleich hat, ob er wie in der Regel belanglos für den Bestand des Transaktes ist oder ob die Eigenartigkeit des Vergleichs eine Abweichung von der Regel notwendig macht. Meiner Ansicht nach ist auch hier eine Ausnahme nicht erforderlich. Kommt außer dem Geschäftsirrtum noch ein anderer Irrtum für die Existenz des Vergleichs in Frage, so ist nicht ohne weiteres der Vergleich nichtig wegen eines solchen subjektiven Momentes, der Transakt ist vielmehr erst hinfällig, wenn die Realisierung seines Zweckes unmöglich ist. Wollen wir diese Theorie begründen, so wird es nötig sein, auf die Quellen zurückzugehen. Es sei schon jetzt zugegeben, daß wir direkte Anhaltspunkte dafür, daß das corpus juris auf dem Standpunkt der „Zwecktheorie" steht, wie sie von Hedemann getauft ist, nicht liefern können. Wie schon einmal hervorgehoben, wird man gerade bei unserer Materie vergeblich nach abstrakten Regeln und Theorien in den Quellen suchen. Was sich in den Quellen findet an Material, ist lediglich Kasuistik. Und so wenig es den Vertretern entgegengesetzter Ansichten gelingen wird, direkte Quellenbelege für ihren Standpunkt beizubringen, wird dies für die hier vertretene

Auffassung möglich sein. Nur eins läßt sich beweisen, daß die Quellen unserer Theorie nicht entgegenstehen, daß alles, was sich an konkreten Entscheidungen bei den römischen Juristen findet, unserer Auffassung sich anpaßt.

Man muß beim Vergleich unterscheiden zwischen Vergleichsinhalt und Vergleichszweck. Der Inhalt besteht in gegenseitigen Leistungen, die der verschiedensten Art sein können. Jedoch sind sie nicht Selbstzweck, sondern erhalten ihren obligatorischen Rechtfertigungsgrund unter den Parteien erst durch die causa transactionis, welche besteht in der Beseitigung einer subjektiven Ungewißheit unter den Parteien. Erreichen nun die Leistungen dieses Ziel nicht, so fällt das ganze Rechtsgeschäft in sich zusammen, und das bereits Geleistete kann mit einer condictio zurückgefordert werden.

Es genügt, daß die Ungewißheit nur im Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses besteht. Eine spätere Aufklärung derselben ist bedeutungslos, weil eben der Zweck, den die Parteien mit ihren Leistungen verfolgt haben, erreicht ist. Ist vorhin aus dem Begriff des Irrtums und der subjektiven Ungewißheit heraus bewiesen worden, daß ein Geschäftsirrtum bezüglich der subjektiv ungewissen Tatsachen ein logisches Unding ist, kommt man also zu demselben Resultat, wenn man vom Zweck des Vergleichs ausgeht. Hier ist anzuführen l. 65 § 1 D. XII, 6.:

„et quidem quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur: nam si lis fuit, hoc ipsum, quod a lite discediturr, causa videtur esse, sin autem evidens calumnia detegitur et transactio imperfecta est, repetitio dabitur."

Es genügt also, wenn nur zur Zeit des Abschlusses die lis besteht. In ihrer Beseitigung erblickt Paulus eine vollständig ausreichende causa für die vergleichsweise gemachten Leistungen, die deshalb auch nicht zurückgefordert werden können, es sei denn, daß calumnia, Unredlichkeit, vorliegt.

Noch spezieller redet die l. 19 C. h. t.:

„Sub praetextu instrumenti post reperti transactionem bona fide finitam rescindi iura non patiuntar. Sane si eam per se vel alium subtractis, quibus veritas argui potuit, decisionem litis extorsisse probetur, si quidem actio superest, replicationis auxilio doli mali pacti exceptio removetur, si vero iam perempta est, infra constitutum tempus tantum actionem de dolo potes exercere."

Durch diese Stelle wird ebenfalls deutlich ausgesprochen, daß eine nachträgliche Klarstellung des ungewissen Rechtsverhältnisses durch Urkunden der Rechtsgültigkeit des Transaktes nicht schadet. Der Grund hierfür ist nach unserer Auffassung, daß der Zweck, den die Parteien im Augenblick des Vergleichsabschlusses im Auge hatten, auch erreicht ist. Wird freilich, indem die klarstellenden Schriftstücke bei Seite gebracht werden, die andere Partei doloserweise in Ungewißheit gehalten und ihr sozusagen ein Vergleich abgepreßt, kann sie die Ungültigkeit des Transaktes dadurch herbeiführen, daß sie auf die ursprüngliche Leistung klagt und der exceptio pacti die replicatio doli mali entgegensetzt. Ist dies Verfahren nicht mehr angängig, so ist als subsidiäres Rechtsmittel noch immer die actio de dolo vorhanden.

Oertmann[54]) hat ganz Recht, wenn er auf die Ähnlichkeit hinweist, welche zwischen der transactio und der emptio spei besteht. Wer sich vergleicht, verzichtet eben darauf, die objektive Wahrheit fernerhin für sich geltend zu machen. Es liegt im Wesen des vorgenommenen Geschäfts, daß man sich auf die Eventualität gefaßt machen muß, die Sachlage stellt sich später mal als günstiger heraus, als man im Augenblick des Vergleichsabschlusses anzunehmen geneigt war. Dafür, daß man auf das Vorbringen späterer für einen vorteilhafterer Tatsachen verzichtet, erhält man eben die Gegenleistung. Der Vergleich ist insofern immer ein Sprung ins Dunkle hinein.

Ist die Höhe eines Anspruches oder seine Verwirklichung ungewiß und stellt hinterher sich heraus, daß er überhaupt nicht existiert, so ist der Vergleich hinfällig. Es wäre verkehrt, wollte man den Grund für die Nichtigkeit in einem Irrtum im Beweggrunde erblicken, er liegt vielmehr darin, daß sich die causa transactionis nicht realisieren läßt.

A. und B. streiten sich über die Höhe einer dem A. gegen B. zustehenden Forderung. Die Urkunde, aus welcher der Anspruch hervorgehen soll, ist undeutlich geschrieben. A. liest 500, B. dagegen nur 300 heraus. Schließlich einigen sie sich auf 400. Hinterher findet sich aber eine Quittung, die ergibt, daß die Schuld schon von C., als dessen Erbe sie B. seinerzeit übernommen hatte, getilgt ist.

Die Ungewißheit, welche durch den Transakt aus der Welt geschafft werden soll, erstreckt sich bei diesem Beispiele nur auf die Höhe der Forderung. Der Zweck des Vergleichs kann aber natürlich nicht mehr erreicht werden, wenn die Forderung überhaupt nicht mehr da ist. Den vergleichsweise gemachten Leistungen fehlt die causa, infolgedessen können sie kondiziert werden.

Auch hier entscheiden die Quellen in einem ganz analogen Falle in unserm Sinne. l. 36 i. f. D. fam. erc. (10, 2) lautet:

„plane si sine judice diviserint res, etiam condictionem earum rerum, quae ei cesserunt, quem coheredem esse putavit qui fuit heres, competere dici potest, non enim transactum inter eos intellegitur, cum ille coheredem esse putaverit."

Jemand, der Alleinerbe ist, vergleicht sich mit einem andern, den er irrtümlich für seinen Miterben hält, über die Teilung des Nachlasses. Als er seinen Irrtum entdeckt hat, bittet er um die condictio bezüglich des bereits Geleisteten. Diese wird ihm auch zugestanden. Die Aufteilung hatte nämlich nur Zweck, wenn der andere wirklich Erbe war, und auf die Frage, ob der andere Miterbenqualität besaß oder nicht, hatte sich der Vergleich nicht bezogen.

Irrige Vorstellungen haben schlechthin noch keinen Einfluß auf die Gültigkeit des Vergleichs. Lediglich mit der Realisierbarkeit seiner causa steht und fällt der Vergleich, und ein Irrtum kommt nur dann in Betracht, wenn er die Kontrahenten veranlaßt hat, einen Scheinvergleich einzugehen, der in Wirklichkeit wegen Unerreichbarkeit seines Zweckes nie zustande gekommen ist. Es wäre also verkehrt, wollte man von einer Nichtigkeit wegen Irrtums sprechen. Hierzu ist man nur berechtigt, wenn das Vorhandensein des Irrtums für sich allein genügte, den Vergleich

[54]) Oertmann, a. a. O., S. 245.

nichtig zu machen. Nur dann kann man die Regel aufstellen, daß ein Irrtum den Vergleich hinfällig macht, wenn er diese Folgen unmittelbar und regelmäßig hervorruft. Dies ist aber beim Vergleich keineswegs so. Aus der Tatsache allein, daß ein Irrtum vorliegt, läßt sich für die Rechtsgültigkeit des Transaktes noch gar nichts entnehmen. Lediglich darauf kommt es an, ob sich der Vergleichszweck erreichen läßt. Daß in manchen Fällen gerade ein Irrtum mit Grund für die Nichtverwirklichung ist, bleibt absolut nebensächlich, ich möchte sagen, es hat nur Wert für den Psychologen. Juristisch ist es vollkommen ausreichend, daß konstatiert wird, der Zweck ist nicht erreicht. Diese Tatsache hat schon die Nichtigkeit zur Folge, was weiter zurückliegt, sei es ein Irrtum oder etwas anderes, kann uns nicht mehr interessieren.

In diesem Zusammenhange mögen folgende beiden Stellen einer kurzen Besprechung unterzogen werden.

l. 12 i. f. D. h. t. „si tamen postea codicilli proferuntur, non improbe mihi dicturus videtur, de eo dumtaxat se cogitasse, quod illarum tabularum quas tunc noverat, scriptura contineretur".

l. 3, § 1 D. h. t. „cum transactio propter fideicommissum facta esset et postea codicilli reperti sunt, quaero an quanto minus ex transactione consecuta mater defuncti fuerit, quam pro parte sua est, id ex fideicommissi causa consequi debeat. Respondit debere".

Die letzte Stelle hat den Interpreten aller Zeiten viele Kopfschmerzen bereitet.[55]) Sie läßt sich am besten verstehen in Verbindung mit der vorher zitierten. In beiden Stellen wird die Frage, worüber sich die Parteien haben vergleichen wollen, übereinstimmend beantwortet. Die l. 12 sagt, daß der Vergleich sich nur auf die Erbansprüche erstreckt, die aus dem den Parteien bekannten Testament sich ergeben. Der Transakt hat soweit Gültigkeit, ohne jedoch die Zuwendungen, die ein später aufgefundenes Kodizill enthält, mit zu umfassen. In der l. 3 § 1 handelt es sich um zwei Fideikommisse. Bezüglich des ersten ist ein Vergleich abgeschlossen, an ein in einem späteren Kodizill zugewendetes Fideikommiß von den Transigenten jedoch nicht gedacht worden. Da der Vergleich sich nur auf ersteres bezogen hat, steht der Geltendmachung des zweiten zwar nichts im Wege, der Vergleich aber behält seine Gültigkeit.

Auch diese Stellen widersprechen dem hier vertretenen Prinzip nicht. In dem beschränkten Umfange, wie er sich aus dem Willen der Parteien ergibt, ist die causa transactionis sehr wohl realisierbar und der Vergleich deshalb auch gültig. Es wäre nicht dem Sinne dieser Stellen entsprechend, wollte man aus ihnen Hinfälligkeit des ganzen Transaktes wegen nicht erfüllter Voraussetzungen oder wegen Irrtums argumentieren. In der Tat wird dies von neueren Juristen auch nicht mehr versucht.

[55]) cf. Ueber die verschiedenen Erklärungen Risch, a. a. O., S. 115, N. 15, Oertmann, a. a. O., S. 232 f. Einen treuen Anhänger findet Risch wie immer in Heimbach in Weiske's Reichslexikon, Band XII, S. 238 N. 129. Medem behauptet von der l. 3, § 1, „sie gehöre garnicht hierher, sondern betreffe die Frage, mit welcher Klage der Fideikommissar, der sich über das Fideikommiß nudo pacto verglichen, klagen müsse, wenn der Erbe den Vergleich nicht erfülle" (Medem, a. a. O., S. 679, N. 56). Diese Auslegung erscheint doch in der Tat reichlich gesucht.

Die Frage, wann und weshalb ein Vergleich nichtig ist, ist besonders lebhaft in der Literatur erörtert worden, wenn der Vergleich sich um die Existenz eines Anspruches dreht. Gerade hier wird es sich empfehlen, die schon oben gemachte Unterscheidung zwischen Vergleichsinhalt und Vergleichszweck strikte durchzuführen.[56]) Nicht immer wird nun dieser Unterschied leicht zu finden sein, da das Leben nicht so peinlich ist, wie wir es sein müssen. Oft ist der Zweck von den Parteien ungenau ausgedrückt, oft überhaupt nicht, sodaß er erst aus dem Inhalt des Transaktes durch Interpretation herausgestellt werden muß. Dann wird es darauf ankommen, den wahren Willen der Parteien zu erforschen und diesen der Auslegung des Inhalts zu Grunde zu legen.

Den folgenden Ausführungen sei der Fall zu Grunde gelegt, daß A. und B. einen Streit zwischen sich, ob eine dem A. gegen B. zustehende Forderung bezahlt sei, durch Vergleich beseitigen, indem B. gegen eine Abfindung anerkennt. Hinterher stellt sich heraus, daß das Schuldverhältnis unter Einwirkung von Zwang zustande gekommen ist, also von vornherein nichtig war.

Jeder Anspruch ist abhängig von einer Reihe von Existenzbedingungen. Es darf nicht vorliegen dolus und metus, das Rechtsgeschäft darf nicht auf etwas Unsittliches, Unerlaubtes und Unmögliches gehen, es dürfen keine Aufhebungsgründe eingetreten sein, wie z. B. der Eintritt der auflösenden Bedingung oder des Endtermins, Verjährung u. a. m. Wenn ich nun auf die Geltendmachung des Fehlens einer Existenzbedingung vergleichsweise verzichte, habe ich mich doch nicht bezüglich der anderen gebunden. Ist in unserm Fall die Anerkennung, daß die Forderung besteht, nicht generaliter erfolgt, so steht, wenn sich nur aus dem sonstigen Tatbestande ein entsprechender Wille der Parteien ermitteln läßt, nichts der Auslegung entgegen, daß der Zweck des Vergleiches nur der war, die Ungewißheit darüber zu beseitigen, ob die Schuld durch Zahlung getilgt ist oder nicht. Die Tatsache, daß B. ohne jeden Vorbehalt einfach seine Anerkennung ausgesprochen hat, beweist hiergegen noch gar nichts. Es ist im Leben eben nicht üblich, seine Worte mit juristischer Genauigkeit abzuwägen und zu sagen, ich erkenne an, daß die Forderung durch Zahlung getilgt ist, behalte mir aber anderweitige Einwendungen vor. Man begnügt sich mit der juristisch ungenauen, im Geschäftsverkehr aber ungleich einfacheren und praktischeren Form, daß man eine einfache Anerkennung abgibt, ohne sich mit einem Panzer von Vorbehalten und Klauseln zu umgeben.

Sieht man sich die Quellen an, so soll der hier vertretenen Auffassung entgegenstehen l. 23 C. h. t.:

„Nec intentio creditorum Archimedori, cui alios successisse profiteris, si obligatus pro eo non fuisti, tenere potest. sed haec integro negotio tractari convenerat: nom cum iam quaestionem transactione decisam et a te dari placitam numeratam pecuniam proponas, huius indebite soluti praetextu improbe tibi petitionem decerni postulas, cum esti tantum in stipulationem fuisset deducta, indebite promissi velamento defendi non posses".

[56]) cf. Hierzu Leuel, im Archiv f. d. civil. Praxis, Band 79, S. 82 f., und Oertmann, a. a. O., S. 246—254.

Diese Stelle soll nach gegnerischer Ansicht folgendes besagen. Wenn jemand, der sich irrtümlich für den Erben hält, mit den Gläubigern des Erblassers einen Vergleich schließt, so kann er, wenn er seinen Irrtum nachher einsieht, das vergleichsweise Geleistete weder zurückfordern noch die Zahlung des Versprochenen verweigern.

Dem ist entgegenzuhalten, daß sich der Vergleich sehr wohl auf die Erbenqualität mit erstreckt haben kann. Im übrigen möchte ich mich den Ausführungen Oertmanns[57]) zu dieser Stelle anschließen, der m. E. überzeugend darlegt, daß der Vergleichschließende possessor hereditatis gewesen ist, daß, wie eine Zahlung hereditatis nomine in den Quellen öfter vorkommt, einem derartigen Vergleich kaum etwas im Wege stehen dürfte.

Sehr gut läßt sich mit unserer Auffassung vereinigen l. 42 C. h. t.:

„Si ex falsis instrumentis transactiones vel pactiones initae fuerint, quamvis jusjurandum his interpositum sit, etiam civiliter falso relevato eas retractari praecipimus ita demum ut, si de plurimis causis vel capitulis eaedem pactiones initae fuerint, illa tantummodo causa vel pars retractetur, quae ex falso instrumento composita covicta fuerit, aliis capitulis firmis manentibus: nisi forte etiam de eo, quod falsum dicitur, controversia orta sopiatur".

Der Vergleich erstreckt sich hier auf die Höhe der Forderung. Da aber die Forderung überhaupt nicht existiert, ist der Vergleich hinfällig. Anders liegt jedoch die Sache, wenn, wie der Schluß der Stelle sagt, die Echtheit bezw. Unechtheit der Urkunde in den Vergleich mit hineingezogen wird. Hier behält natürlich der Transakt seine Wirksamkeit.

Ferner möge hier herangeogen werden l. 7 C. IX, 22:

„Ipse significas, cum primo adversarii instrumenta protulerant, fidem eorum te habuisse suspectam facta igitur transactione difficile est, ut is, qui provinciam regit, velut falsum, cui semel adquievisti, tibi accusare permittat".

Diese Stelle besagt dasselbe wie l. 42 i. f. C. h. t. Daß sich die Ungewißheit auch auf die Echtheit der Urkunde bezogen hat, geht hervor aus den Worten „fidem eorum te habuisse suspectam". Eine Rescission des Transaktes kann deshalb auch nicht stattfinden, nach unserer Auffassung, weil die causa verwirklicht ist.

Bevor wir uns von den Quellen abwenden, möchte ich nicht unterlassen, noch auf die besonders hinsichtlich ihrer letzten Hälfte von den Vertretern fast aller über den Vergleichsirrtum aufgestellten Ansichten viel umworbene l. 29 C. h. t. etwas ausführlicher einzugehen.

„Sub praetexta specierum post repertarum generali transactione finita rescindi prohibent iura error autem circa proprietatem rei apud alium extra personas transigentium tempore transactionis constitutae nihil potest nocere".

Der Sinn des ersten Satzes ist klar. Ist ein Vergleich generaliter geschlossen, so ist die Berufung auf später aufgefundene Posten für die Existenz desselben ohne Bedeutung. Die Parteien haben nämlich sämtliche

[57]) Oertmann, a. a. O., S. 247.

zwischen ihnen bestehende Beziehungen endgültig regeln wollen. Der Generalvergleich zeigt sich hier als ein Mittel, sich vor dem Vorbringen auch solcher zukünftiger Tatsachen zu schützen, die bei nicht generaliter geschlossenem Vergleich seinen Bestand unweigerlich vernichten würden. Man sieht wiederum, wie sehr es berechtigt ist, bei Vergleichen über die Existenz eines Anspruches die Ungewißheit auf eine Existenzbedingung zu beschränken. Wollen die Parteien dem vorbeugen, daß infolge des Fehlens einer andern Existenzbedingung der Vergleich hinfällig wird, so ist ihnen in dem Generalvergleich ein Mittel hierzu in die Hand gegeben.

Der zweite Teil dieser lex wird von den meisten Interpreten in Gegensatz zum ersten Teil gestellt. Meines Erachtens ist dies weder durch den Wortlaut noch den Sinn derselben geboten. Der Sinn verlangt es nicht, weil dieser Teil das, was der erste sagt, noch bestärken soll, indem noch ausdrücklich betont wird, daß auch eine bei einem dritten befindliche Sache, an die die Parteien überhaupt gar nicht gedacht haben, von dem Generalvergleich mit einbegriffen wird. Dieser Auslegung steht der Wortlaut der lex auch durchaus nicht im Wege. Dem Wörtchen „autem" adversative Bedeutung beizulegen, ist nicht nur nicht nötig, sondern meines Erachtens geradezu bedenklich. Es widerspricht dem Sprachgebrauch, der in betreff dieser Partikel von Cicero uis zu Justinian und noch weiter geherrscht hat. Nach diesem dient „autem" zur Verbindung von Sätzen, um in der Erzählung oder in der Schlußreihe fortzufahren. Weshalb also den Worten Gewalt antun, wenn es nicht notwendig ist?

Von den vielen Auslegungen, welche die l. 29 C. h. t. erfahren hat, erscheint mir aus neuester Zeit besonders die von Hedemann[58]) beachtenswert. Dieser Autor schlägt besonders viel Kapital aus dieser Stelle heraus, indem er in ihr einen Unterschied aufgestellt finden will, welcher sich auch durch viele andere leges hindurchziehen soll, von dem die römischen Juristen in ihren Entscheidungen bewußterweise seiner Ansicht nach, soweit ich dieselbe verstehe, ausgegangen sind. Indem er die beiden Teile der l. 29 C. h. t. als im Gegensatz zu einander stehend interpretiert, handelt es sich nach seiner Meinung um zwei in ihren Wirkungen gänzlich verschiedene Arten des Irrtums. „Im ersten Falle," sagt er, „liegt ein bloßes Nichtwissen vor, im zweiten Falle ein positiver Andersglaube." Dieser letztere ist der innere Grund für die Anfechtbarkeit des Transaktes, die durch den zweiten Teil der hier in Frage kommenden Stelle ausgedrückt sein soll. Da er sehr wohl weiß, daß diese Unterscheidung weittragendster Bedeutung auf recht schwachen Füßen stehen würde, wenn sie sich einzig und allein auf diese Stelle gründen sollte, beweist Hedemann eingehend, daß auch eine Anzahl von Entscheidungen anderer Quellenstellen auf dem von ihm aufgestellten Prinzip beruhen.

So sehr man jedoch die Scharfsinnigkeit ihres Vertreters wird bewundern müssen, folgen wird man dieser Ansicht, glaube ich, nicht können. Die einzige Stelle, in welcher Hedemann die von ihm neu geschaffenen Begriffe vereint sieht, ist nach der hier vertretenen Auffassung anders zu interpretieren. Die Beweiskraft der andern von Hedemann herangezogenen Stellen erscheint mir nicht durchschlagend. Streicht man Hede-

[58]) cf. Zu den folgenden Ausführungen Hedemann, a. a. O., S. 8—19.

mann die lex 29 C. h. 1. als die Basis seines Prinzips, so würde man doch sicherlich mehr unter- als auslegen, wenn man in den sonst noch von ihm angeführten leges seine Theorie entdecken wollte.

Nicht unwidersprochen soll vor allem die Auslegung bleiben, die Hedemann der l. 29 D. 41, 3 zugunsten seiner Theorie gibt. Diese Stelle lautet:

„Cum solus heres essem, existimarem autem te quoque pro parte heredem esse, res hereditarias pro parte tibi tradidi proprius est, ut usu eas capere non possis, quia nec pro herede usucaps potest quod ab herede possessum est neque aliam ullam habes causam possidendi. ita tamen hoc verum est, si non ex transactione id factum fuerit. idem decimus, si tu quoque existimes te heredem esse, nam hic quoque possessio veri heredis obstabit tibi".

Hierzu bemerkt Hedemann folgendes:

„Es handelt sich um die Möglichkeit der Ersitzung: Hat der Pseudoerbe mit dem wahren Erben lediglich eine Teilung vorgenommen, so sucht er vergeblich nach einem Usukapionstitel. Pomponius weist ihn ab: „nullam habes causam possidendi". Aber es ändert sich das Bild, wenn ein Vergleich stattgefunden hat; nunmehr ist ein Ersitzungstitel vorhanden. Wenn aber überhaupt ein solcher von Nöten ist, kann nicht bereits das zu Grunde liegende Geschäft, der Vergleich, die Kraft haben, Eigentum, das Endziel der Ersitzung, zu verschaffen. Der Grund dessen kann allein in einer Ungültigkeit des Vergleichs, der Grund hierfür wiederum kann in etwas anderem gesehen werden, als jenem Irrtum über das als wahr zu Grunde gelegte Moment der Miterbenqualität des Ersitzungsbedürftigen."

Die Ungültigkeit des Vergleichs beruht also, wie Hedemann später auch noch ausdrücklich sagt, auf einem positiven Andersglauben.

Ich glaube nicht, daß diese Stelle so ausgelegt werden muß, wie Hedemann sie verstanden haben will. Ich sehe vor allen Dingen nicht den Grund ein, weshalb der Transakt, von dem in dieser lex gesprochen wird, ungültig sein soll. Es handelt sich hier um die Frage, wann der Pseudoerbe Eigentümer der in seinen Besitz gelangten Erbschaftsgegenstände werden kann. Dies ist bei einer bloßen Teilung immer ausgeschlossen. Nicht einmal die Ersitzung ist imstande, den Mangel in der Erbenqualität zu heilen, quia nec pro herede usucapi potest, quod ab herede possessum est, d. h. weil an Gegenständen, die der wirkliche Erbe einmal im Besitz gehabt hat, eine Ersitzung pro herede stets ausgeschlossen ist. Wenn der vermeintliche Erbe die Erbschaftssachen auch noch so lange im Besitz gehabt, stets wird der wirkliche Erbe die Tatsache, daß der andere kein Erbe ist, geltend machen können. Anders liegt die Sache aber, wenn er auf das Vorbringen dieser Tatsache verzichtet hat, wenn er im Vergleich die Erbenqualität des andern anerkannt hat. Wir haben es also nicht mit einem ungültigen Vergleich zu tun, sondern mit einem solchen, der die Frage, ob der andere Erbe ist, was damals noch ungewiß war, definitiv aus der Welt geschafft hat. Wenn Hedemann den Vergleich auf die Höhe der Erbportionen oder etwas ähnliches beschränken will, die Erbenqualität als die Grundlage betrachtet, auf der der ungültige Vergleich sich

aufgebaut hat, wenn er somit einen Ersitzungstitel gewissermaßen pro transigente herauskonstruiert, so halte ich die Auslegung gegenüber der hier versuchten für recht künstlich und deshalb auch nicht wahrscheinlich.

Ohne noch näher auf die andern von Hedemann herangezogenen Stellen, die übrigens im Laufe dieser Arbeit bereits sämtlich besprochen sind, einzugehen, wird man soviel sagen können, daß er nicht berechtigt ist, sein Prinzip als das, wie er es tut, auszugeben, als das Prinzip, nach dem die Juristen des corpus juris entschieden haben. Ebensogut könnte man das von der hier vertretenen „Zwecktheorie" behaupten. Nur aus der Sache selbst, aus inneren logischen Gründen wird er die Berechtigung seiner Theorie herleiten können. Dann aber ist die Zwecktheorie mit ihren konkreten und deshalb zuverlässigeren Maßen vorzuziehen. Wenn es zweifelhaft ist, ob der Vergleich gültig ist oder nicht, so fürchte ich, daß gerade in diesen schwierigen Fällen es ebenso zweifelhaft sein wird, ob ein bloßes Nichtwissen oder ein ein positiver Andersglaube vorliegt. Daß in der Wirkung die hier vertretene Meinungsverschiedenheit von Hedemann ziemlich belanglos sein dürfte, sei gern zugegeben. Es handelt sich, wenn man so will, mehr um die Methode, während das Ziel dasselbe ist. Als Methode aber dürfte doch wohl die Zwecktheorie vorzuziehen sein.

Der Schluß dieses Abschnittes sei denjenigen gewidmet, welche mit rein subjektiven Begriffen arbeiten, welche die Ungültigkeit des Vergleichs in den Fällen, wo nach der hier vertretenen Auffassung Verfehlung des Zweckes vorliegt, auf einen Irrtum im Beweggrunde oder nicht eingetroffene Voraussetzungen zurückführen. Man denke sich folgenden Fall:

A. hat sich mit B. über das Eigentum an einem Grundstücke verglichen. Dieser Vergleich ist aber nichtig. Es handelte sich um eine Grenzregulierung, der Zweck aber, die Ungewißheit bezüglich der Grenze zu beseitigen, war aus dem einfachen Grunde nicht zu erreichen, weil B. gar nicht als Eigentümer in Frage kam. Nach gegnerischer Ansicht liegt die Ungültigkeit an einem Irrtum im Motiv oder daran, daß die Voraussetzung, daß B. auch Eigentümer sei, sich nicht bewahrheitet hat. Kurz, A. glaubt, B. sei Eigentümer und deshalb auch befugt, die im Vergleich verabredete Verfügung vorzunehmen, und kauft sich deshalb noch das benachbarte Grundstück des C. hinzu, das für ihn gar keinen Wert hätte, wenn die Grenzregulierung ungültig wäre.

Wollen die Gegner konsequent sein, so müssen sie auch den Grundstückskauf für ungültig erklären, der Irrtum bezw. die Voraussetzungen sind dieselben wie beim Vergleich. Daß der Kauf aber gültig ist, dürfte auch von ihnen nicht bestritten werden. Diesem Widerspruch können sie sich nur dadurch entziehen, daß sie für den Vergleich eine Ausnahme von der Regel machen. In diese mißliche Lage kommt man jedoch nicht, wenn man die Nichtigkeit des Transaktes auf Verfehlung des Zweckes zurückführt. Daß nämlich die Bedeutung der causa für den Bestand des Vertrages letzthin keine andere ist bei der emptio, dem pignus, commodatum, depositum hat Hartmann[59]) m. E. überzeugend nachgewiesen. Besonders beachtenswert in dieser Hinsicht sind seine Ausführungen über

[59]) Hartmann, die Obligation, S. 190 ff.

den inneren Grund des Satzes „emptio suae rei non consistit". Das Thema verbietet, auf diese Gedanken näher einzugehen, ich muß mich deshalb mit einem bloßen Hinweis begnügen.

§ 9. Stand der Frage in der gemeinrechtlichen Literatur.

a. Götz, Windscheid und Genossen.

Nachdem somit der eigene Standpunkt hinreichend festgelegt ist, möge jetzt ein kurzer Überblick über die Literatur des gemeinen Rechts zu unserer Frage gegeben werden.

Ein recht bedeutungsvoller Versuch, Licht in die damals sehr verworrenen Auffassungen über den Vergleichsirrtum zu bringen, findet sich niedergelegt in einer Schrift von M. Götz aus dem Jahre 1797 mit dem Titel: commentatio juris civilis de errore in transactionibus recte aestimando.[60]) Diese Arbeit muß seinerzeit eine nachhaltige Wirkung gehabt haben, da die von Götz vertretenen Thesen in die meisten damaligen Lehrbücher Eingang gefunden haben.

Götz und seine Anhänger stellen folgende Unterscheidung auf:[61])

„1. error, qui ad caput controversum pertinet — dieser ist immer der Gültigkeit des Transaktes unschädlich; und
2. error, qui ad caput non controversum spectat — dieser kann den Transakt ungültig machen."

Bezeichnend ist die Erläuterung, welche Götz dem zweiten Satze gibt: „error, qui de re haud dubia committitur, ex iisdem regulis judicandus est, quibus error in pactis commissus aestimatur".

Denselben Gedanken spricht Glück[62]) folgendermaßen aus: „In dem letzten Falle lassen sich die Grundsätze de errore in pactis commisso anwenden, und der Irrtum steht hier dem Vergleiche ebenso, wie jedem andern Vertrage im Wege."

Beide Autoren stehen, was ja auch ganz natürlich ist, auf dem Boden der damaligen herrschenden Ansicht über das Wesen des Irrtums. Nach dieser steht jeder Irrtum genau so wie Zwang und Betrug dem Konsens im Wege. Von dem wichtigen Unterschied zwischen echtem und unechtem Irrtum ist ihnen noch nichts bekannt.

Daß aber diese große Umwälzung in der Irrtumslehre, welche sich an den Namen Savignys knüpft und erst nach der Zeit jener Autoren vor sich gegangen ist, auch die eben erwähnten Grundsätze in ihrem Bestande treffen mußte, ist für den, welcher den durch Savigny herbeigeführten Fortschritt mitmacht, und dies tut die gesamte Wissenschaft, so selbstverständlich, daß eine Widerlegung dieser vor mehr als hundert Jahren auf-

[60]) Leider stand bei Abfassung dieser Arbeit obige Schrift im Original nicht zur Verfügung. Trotzdem glaube ich auf sie Bezug nehmen zu dürfen, da sie von Glück, Risch u. a. m. ausführlich erwähnt und zitiert wird, sodaß die Hauptpunkte der Theorie von Götz sich auf diesem Umwege unschwer erkennen lassen.

[61]) Es ist hier die Ansicht von Götz in der Formulierung übernommen, die ihr Risch, a. a. O., S. 224, gibt.

[62]) Glück, a. a. O., S. 23.

gestellten Ansicht heute sehr leicht den Taten jenes berühmten spanischen Romanhelden Don Quijote ähneln würde. In der Tat, es wäre ein billiges Vergnügen, wollte man ex post facto gegen diese Männer jetzt einen Entrüstungsfeldzug in Szene setzen. Nur auf die von Götz und Genossen vorgenommene Quelleninterpretation sei hier kurz eingegangen.

In den schon oben besprochenen Stellen l. 3 § 1 und l. 12 D. h. t. soll ausgesprochen sein, daß „der Vergleich wegen Irrtums angefochten werden kann, wenn man sich mit dem Haupterben über einen Erbanspruch verglichen, ohne zu wissen, daß der Erblasser zu unserm Vorteil ein Kodizill gemacht hatte, welches nachher erst aufgefunden ist.“[62])

Daß eine derartige Auslegung etwas aus diesen Stellen herauszulesen sucht, was in ihnen nicht steht, wird heute allgemein anerkannt. Beide Stellen sagen nur, daß der Vergleich in seiner Tragweite sich nicht weiter erstreckt, als nach dem wirklichen Willen der Vergleichschließenden anzunehmen ist.[63])

Ferner soll nach Glücks[64]) Ansicht durch die l. 29 C. h. t. bewiesen werden, daß Anfechtung des Vergleichs wegen Irrtums stattfindet, „wenn bei einem allgemeinen Transakt, der über ein gewisses Genus geschlossen, gewisse dazu gehörige Individuen aus Irrtum für das Eigentum eines dritten darum gehalten worden sind, weil sich dieselben zur Zeit des errichteten Vergleichs in seinen Händen befanden.“

Das Argument für diese Behauptung dürfte durch die in dieser Arbeit gegebene Auslegung des zweiten Teils der l. 29 C. h. t. beseitigt sein. Wollte man jedoch, was ich nicht für richtig halte, den zweiten Satz in Gegensatz zum ersten stellen, so würde diese lex auch nur soviel sagen, daß der Vergleich sich nicht auf die res apud alium constituta erstreckt haben soll. Auf eine Anfechtbarkeit des ganzen Transaktes wegen Irrtums aus dieser Stelle zu schließen, dazu liegt aber noch immer kein Grund vor.

Daß Götz und Genossen in den Stellen, wo hier Nichtrealisierbarkeit der causa als Grund der Ungültigkeit festgestellt ist, einen Irrtum schlechthin, wie wir jetzt sagen würden, einen Irrtum im Motiv annehmen, bedarf hier nicht der Widerlegung. Die fortschreitende Erkenntnis in der Irrtumslehre überhaupt hat schon mit einer derartigen Annahme aufgeräumt.

Einer eingehenderen Besprechung bedarf aber schon eine neuere Ansicht, die, so wenig ihr Vertreter dies auch zugeben mag, die soeben erwähnte Theorie von Götz und Genossen nur in anderer Form und modernerem Gewande wieder aufgenommen hat. Es ist dies die Voraussetzungslehre von Windscheid.

Hören wir zuerst, wie Windscheid seine Lehre für den Vergleich formuliert:[66])

---

[63]) Glück, a. a. O., S. 16 f.

[64]) cf. Risch, a. a. O., S. 226, Oertmann, a. a. O., S. 222 f., Buhl, a. a. O., S. 98 f., Windscheid, a. a. O., Band II, § 414, N. 4, Dernburg, Pandekten, Band II, § 109, N. 13.

[65]) Glück, a. a. O., S. 16.

[66]) Windscheid, Pandekten, 8. Auflage, Band II, S. 414.

„Der Vergleich ist ungültig wegen ermangelnder Voraussetzung.

1. Voraussetzung eines Vergleichs über den Inhalt der Leistung ist die Begründetheit des Anspruchs an sich.

2. Voraussetzung eines Vergleichs über einen bestrittenen Anspruch ist, daß die bei dem Vergleich als Wahrheit angenommenen Tatsachen, deren Nichtwahrheit den Streit ausschließen würde, wahr seien, sodaß nicht andere Tatsachen wahr seien, deren Wahrheit den Streit ausschließen würde."

Über das Wesen der Voraussetzung, deren Nichtbestätigung nicht nur beim Vergleich, sondern auch bei allen andern Rechtsgeschäften von Bedeutung ist, macht Windscheid folgende Bemerkungen:[67])

„Die Voraussetzung ist eine unentwickelte Bedingung, d. h. eine Willensbeschränkung, die nicht zur Bedingung entwickelt ist."

Die Voraussetzung kann durch einen ausdrücklich bei der Willenserklärung gemachten Zusatz erklärt werden; sie kann aber auch aus dem übrigen Inhalt der Willenserklärung sich als gewollt ergeben. Bei der Willenserklärung unter Lebenden muß die Voraussetzung aus den begleitenden Umständen nicht bloß erkannt werden, sondern auch von demjenigen, zu dessen Gunsten die Willenserklärung abgegeben ist, ganz erkannt werden können."

Man kann wohl sagen, die Lehre von der Voraussetzung ist das Lieblingskind des großen Meisters gewesen, aber auch sein Schmerzenskind. Denn allgemeine Anerkennung hat seine Lehre nicht gefunden. Vom Jahre 1850, als er seine Theorie zuerst in dem Buche: „Die Lehre von der Voraussetzung im römischen Recht" der wissenschaftlichen Welt vorlegte, bis heute hin steht er mit wenigen Anhängern vereinzelt da, und noch am Abend seines Lebens mußte der greise Gelehrte die Feder ergreifen, um seine Voraussetzungstheorie gegen ihren gefährlichsten und bedeutendsten Gegner, nämlich Lenel, zu verteidigen.

In der Tat, Lenel hat das Verdienst, die ganze Haltlosigkeit der Windscheid'schen Lehre nachgewiesen zu haben. Seine Ausführungen gipfeln in folgenden Gedanken.[68])

Eine Windscheid'sche Voraussetzung liegt vor, wenn zu erkennen gegeben ist: „Ich würde nicht wollen, wenn ich nicht annähme, daß ....." Die Voraussetzung ist ein Mittelding zwischen Motiv und Bedingung. Von der Bedingung unterscheidet sie sich dadurch, daß die abgegebene Willenserklärung auf dem, was als wirklich angenommen ist, sich nur aufbaut, jedoch nicht abhängig von demselben gemacht wird. Weil es die Billigkeit erheischt, daß vom Recht darauf Rücksicht genommen wird, daß eine Willenserklärung auf Grund einer Voraussetzung abgegeben ist, ist die Voraussetzung auch mehr als ein gewöhnliches Motiv. Da auch sonst ausdrückliche und stillschweigende Erklärungen vom Recht gleich behandelt werden, braucht auch kein Unterschied zwischen der ausdrücklich und der stillschweigend erklärten Voraussetzung gemacht zu werden.

Nachdem er sich so die Voraussetzungslehre Windscheids zurechtgelegt hat, setzt Lenel mit seiner Widerlegung ein. Allerdings bestehe

[67]) Windscheid, Pandekten, 8. Auflage, Band I, § 97 f.
[68]) Lenel, im Archiv für die civil. Praxis, Band 74 und 79.

ein großer Unterschied zwischen der ausdrücklich und der stillschweigend erklärten Voraussetzung. Wird eine Voraussetzung ausdrücklich erklärt, so handelt es sich immer um eine vertragsmäßige Vereinbarung der Parteien, um eine Vertragsklausel, die deshalb beigefügt werde, weil die erklärende Partei über eine für ihren Entschluß entscheidende Tatsache noch im Ungewissen sei. Anders verhält es sich mit der stillschweigend erklärten Voraussetzung, die jemand im Stillen hegt und dem Gegner irgendwie erkennbar gemacht hat. Wer unter einer solchen Voraussetzung handelt, gibt keinen Willen, sondern nur eine ihn beherrschende Überzeugung zu erkennen. Willenserklärung im juristischen Sinne ist nun lediglich die Erklärung dessen, was man will (bedingt oder unbedingt), nicht aber dessen, was man unter gewissen Eventualitäten wollen würde. Erklärungen wie: „wenn ich 20 000 Mk. hätte, so würde ich auf der Stelle mieten" sind ein juristisches Nichts, sowohl wenn sie ausdrücklich als auch wenn sie stillschweigend erfolgt sind. Windscheids Satz: „Das Motiv ändert seine Natur, wenn es als Willensbeschränkung erkennbar wird", heißt also nichts anderes als: Das Motiv ändert seine Natur, wenn es als Motiv erkennbar wird. Der Windscheid'sche Voraussetzungsbegriff ist also juristisch nicht haltbar. Die Voraussetzung ist entweder eine Bedingung und damit Vertragsbestandteil, oder sie ist lediglich eine Überzeugung, ein Motiv und deshalb ohne Einfluß auf den Bestand des Vertrages.

Nachdem somit die Unhaltbarkeit der Voraussetzungslehre im Anschluß an die Ausführungen von Lenel nachgewiesen ist, sei noch kurz auf die schon bereits zitierte Formulierung eingegangen, die Windscheid seiner Theorie speziell für den Vergleich gibt.

Wenn Windscheid sagt: „Voraussetzung eines Vergleichs über den Inhalt der Leistung ist die Begründetheit des Anspruchs an sich", so kommt es allerdings, nach den von ihm angeführten Beispielen zu urteilen, in der Wirkung auf dasselbe hinaus, was auch wir wollen. Trotzdem muß der fundamentale Unterschied deutlich hervorgehoben werden, daß nach Windscheid die condictio gegeben ist, weil sich irgend eine Überzeugung der Parteien nicht bewahrheitet hat, während nach der „Zwecktheorie" ein Mangel am objektiven Tatbestand vorliegt, nämlich Nichtrealisierbarkeit der causa. Daß diese vorlag, daran haben die Parteien gar nicht gedacht. Sie haben einen Vergleich schließen wollen, konnten es aber in Wirklichkeit nicht. Was die Parteien sich alles gedacht haben, darauf kann es nicht ankommen bei der Frage, ob der Vergleich gültig ist oder nicht. Die Gedanken und Überzeugungen der Parteien entziehen sich leicht unserer Beurteilung. Nur eines können wir mit Sicherheit sagen, ob sie auch das, was sie wollten, nämlich einen Vergleich über den Inhalt des Anspruchs, erreicht haben. Bei dieser Frage haben wir es mit einem objektiven Tatbestand, den wir sicher beurteilen können, zu tun und nicht mit unkontrollierbaren subjektiven Annahmen. Der Vergleichszweck ist nicht erreicht und der Vergleich deshalb nicht zustande gekommen in dem von Windscheid angeführten Beispiele,[69]) „wenn sich jemand über ein Rentenvermächtnis vergleicht, mit welchem er sich beschwert glaubt,

[69]) Windscheid, Pandekten, Band II, § 414, N. 3.

gegen eine zu zahlende Aversionalsumme, sich hinterher aber zeigt, daß ihm gar kein Vermächtnis auferlegt ist."

Für seine Theorie nimmt Windscheid als Beleg in Anspruch ein bei Seuffert III, 323 angeführtes Urteil, das seinerzeit als Präjudikat überhaupt recht viel Autorität genossen zu haben scheint, da man es in vielen Pandektenlehrbüchern erwähnt findet.

„Eine Frauensperson schloß mit einem verheirateten Manne, mit dem sie geschlechtlichen Umgang gepflogen zu haben und daraus geschwängert zu sein behauptete, einen Vergleich, laut dessen ihr für ihre etwaigen Ansprüche 211 fl. Erziehungs- und Kindbettkosten gegeben wurden. Da sich nachher das Nichtvorhandensein der Schwangerschaft herausstellte, klagte der Kontrahent auf Rückgabe der Vergleichssumme. — Der Klage wurde stattgegeben. Denn wenn auch beim Vergleiche ein das streitige Verhältnis selbst betreffender Irrtum nicht berücksichtigt werden könne, so komme er doch in Betracht, wenn er sich auf einen von den Kontrahenten als gewiß vorausgesetzten Tatbestand beziehe (l. 3 § 1, 12 D. h. t.; l. 65 § 3 D. XII, l. 42 C. h. t.)."

Nach der hier vertretenen Auffassung kommt es in obigem Falle darauf an, hat der Mann von der Frauensperson auf jeden Fall loskommen wollen, und hat er ihr das Geld dafür gegeben, daß sie ihn mit ihren Ansprüchen bei einer eventuellen Schwangerschaft in Frieden ließe, oder hat er ihr das Geld ausdrücklich als Erziehungs- und Kindbettkosten gegeben. In ersterem Falle wäre der Vergleich immer gültig. Im zweiten muß die Schwangerschaft wirklich eingetreten sein, denn erst dann ist der Anspruch entstanden, über dessen Höhe der Vergleich geschlossen ist. Letzteres scheint der Fall gewesen zu sein. Der Grund für die Nichtigkeit des Vergleichs ist dann meines Erachtens der, daß man sich über die Höhe eines Anspruchs, der nicht zur Entstehung gelangt ist und auch nicht gelangen wird, nicht vergleichen kann, daß der Zweck eines solchen Vergleichs überhaupt nicht zu erreichen ist. Um dies festzustellen, braucht man nicht erst mit dem juristisch bedenklichen Begriff der Voraussetzung zu operieren.

Ich möchte aber glauben, daß der ganze Fall in Wirklichkeit viel einfacher gelegen hat, als die damaligen Urteiler, Windscheid und alle, die sich mit ihm beschäftigt haben, angenommen haben, daß Windscheid seine Voraussetzungs- und wir unsere Zwecktheorie gar nicht gebrauchen, um die Nichtigkeit dieses Transaktes auszusprechen.. Man darf fast annehmen, daß man in diesem Falle — **sit venia verbo** — den Wald vor lauter Bäumen überhaupt nicht sah. Das einfachste wird es doch sein, daß Zwang vorgelegen, daß die Frauensperson ihren verheirateten Konkumbenten zu dem Vergleich bewogen hat, indem sie ihm allerlei delikate Enthüllungen gegenüber seiner Familie in Aussicht stellte. Soweit will ich aber gar nicht gehen. Für das Vorliegen einer Täuschung spricht aber der ganze Tatbestand. Wenn ihre Absichten lauter gewesen wären, so hätte jene ehrbare Dame ruhig so lange warten können, bis ihr Zustand die Möglichkeit, daß sie nicht schwanger sei, ausschloß. Aber sie wußte genau, daß sie einen verheirateten Mann vor sich hatte, der, wenn er ihren Angaben keinen Glauben schenkte, einen Familienskandal, ohne daß sie auch nur Andeutungen machte, doch immerhin als möglich in Betracht ziehen mußte. Die Geneigtheit des Mannes, ihre Behauptung für wahr

zu halten, ist nur zu leicht erklärlich, ist ebenso verständlich, wie es unverständlich ist, daß eine Person von derartigem Lebenswandel — denn hätte sie noch etwas Schamgefühl, wäre sie nicht so schnell mit ihrer Behauptung herausgerückt und hätte möglichst lange gewartet — in solchen heiklen Angelegenheiten so wenig Raffinement besitzen sollte, daß sie über ihren eigenen Zustand sich im Irrtum befinden sollte. Wenn man in Betracht zieht, daß Fälle wie der hier in Frage kommende keineswegs selten sind, daß gerade leichtsinnige und pflichtvergessene Ehemänner oft das Opfer solcher Damen, die leicht und sicher Geld erwerben wollen, werden, wird man auch in dem bei Seuffert angeführten Falle eine Täuschung als vorliegend erachten und darauf die Nichtigkeit des Vergleichs zurückführen müssen.

Was nun die zweite Voraussetzung Windscheids anbelangt, „daß die bei dem Vergleich als wahr angenommenen Tatsachen deren Nichtwahrheit den Streit ausschließen, wahr seien, sowie daß nicht andere Tatsachen wahr seien, deren Wahrheit den Streit ausschließen würde", so scheint sie mir, von dem Begriff der Voraussetzung ganz abgesehen, auch in ihren praktischen Ergebnissen nicht einwandsfrei, oder das betreffende Beispiel, welches Windscheid anführt, ist schlecht ausgewählt. Es lautet nämlich folgendermaßen:[70])

Vergleich über einen Eigentumsanspruch, welcher bestritten wird, weil der Rechtsurheber des Klägers nicht Eigentümer gewesen sei; hinterher zeigt sich, daß der Kläger vom wahren Eigentümer zum Erben eingesetzt war."

Ich wüßte nicht, weshalb dieser Vergleich hinfällig sein sollte. Daß zur Zeit des Vergleichsabschlusses schon ein Testament bestand, durch welches der Kläger vom wahren Eigentümer zum Erben eingesetzt war, ist belanglos. Die damalige Ungewißheit, welche durch den Vergleichsabschluß beseitigt ist, kann doch nicht ex post facto aufgehoben werden. Wenn Kläger hinterher aus der Einsetzung zum Erben einen Rechtstitel auf das Eigentum erwirbt, der schon durch den Vergleich geschaffen, mithin überflüssig geworden ist, so ist der Vergleich deshalb noch nicht ungiltig. Im Wesen des Transaktes liegt es ja gerade, daß man auf das Vorbringen späterer für einen günstiger sich gestaltender Tatsachen verzichtet. Wenn Kläger wirklich beim Vergleichsabschluß eine Abfindung dafür gegeben hat, daß man seinem Eigentumsanspruche gegenüber keine Einwendungen erhebe, so hat diese Leistung ja auch ihren Zweck gehabt und kann deshalb auch nicht kondiziert werden. Wenn Kläger hinterher zu der Erkenntnis kommt, daß die Abfindung eigentlich fortgeworfenes Geld war, so bleibt darum der Vergleich doch giltig.

b. Risch, Regelsberger, Brinz, Dernburg.

Hiermit verlassen wir Windscheid und seine Voraussetzungslehre und wenden uns einer entgegengesetzten Ansicht zu, die von Risch, Regelsberger, Brinz und Dornburg vertreten wird. Diese Autoren sprechen, vom Geschäftsirrtum abgesehen, irrigen Vorstellungen jeden Einfluß auf den Bestand des Transaktes ab.

---

[70]) Windscheid, Pandekten, Band II, § 414, N. 4.

Risch formuliert seine Ansicht folgendermaßen:[71])

„Soweit der übereinstimmende Vergleichswille reicht und darum eine transactio überhaupt zustande gekommen ist, kann der bona fide eingegangene Vergleich aus dem Grunde irrümlicher Voraussetzung bei Eingehung desselben ebenso wenig, ja noch weit weniger angefochten werden, als die res judicata aus dem Grunde eines bei Erlaß des Erkenntnisses vorhandenen, später aber an den Tag gekommenen Irrtums."

Risch stellt also auch in dieser Beziehung den Vergleich mit dem Urteil auf eine Linie; daher ja auch die Beschränkung des Transaktes auf streitige Rechtsverhältnisse. Auch in dem jetzt in Frage kommenden Punkte führt m. E. die einseitige Betonung der Urteilsmäßigkeit des Vergleichs zu unrichtigen Konsequenzen. Nach unserm heutigen Prozeßrecht wären die Vergleichsschließenden sogar noch schlechter daran als die Parteien, welche eine richterliche Entscheidung ihrer Rechtsstreitigkeit herbeigeführt haben. Durch C. P. O. § 580 ist wenigstens in beschränktem Umfange eine Restitutionsklage wegen Irrtums der Prozeßpartei gegen ein rechtskräftiges Urteil zugelassen; solange das Urteil noch nicht rechtskräftig ist, hat man in der Berufung ein Mittel, um die Folgen eines Irrtums noch zu beseitigen. Wer dagegen einen Vergleich schließt, dem sind, falls nicht gerade ein Geschäftsirrtum vorliegt, auch wenn er schon fünf Minuten später seinen Irrtum erkennt, nach der Theorie von Risch die Hände gebunden; denn Risch kennt beim Vergleich für alle andern Fälle außer dem Geschäftsirrtum nur noch eine Restitution der Minderjährigen.

Wie nun Risch sich die Anwendung seines Prinzips denkt, erkennt man am besten an dem von ihm angeführten und besprochenen Falle.[72]) Es ist das folgende von Götz aufgestellte und auch von Windscheid angeführte Schulbeispiel.

„Gajus hinterläßt ein Testament, worin er den Titius zum Erben eingesetzt hat; Sempronius behauptet Nichtigkeit des Testaments wegen Mangels der wesentlichen Förmlichkeiten; allein beide Teile vergleichen sich in dieser Beziehung mit einander; bald darauf bringen aber die Transigenten in Erfahrung, daß das Testament unterschoben sei."

Nach der von uns vertretenen Ansicht ist der Vergleich nichtig. Der Zweck des Vergleichs war, eine sichere Grundlage für die Erbschaftsansprüche zu schaffen durch Verzicht auf Geltendmachung eventueller Formmängel. Dieser konnte natürlich nicht erreicht werden, wenn das ganze Testament unterschoben war.

Risch polemisiert nun gegen die, welche den Vergleich für ungiltig erklären, indem er sagt:

„Allein wir stehen nicht an, gerade das Gegenteil zu behaupten, daß der frühere Transakt völlig giltig bleibe, daß jedoch Sempronius nicht gehindert sei, nunmehr die Ungiltigkeit des Testaments aus dem Grunde der tabulae suppositiciae geltend zu machen.

Man wird gewiß auf den ersten Blick geneigt sein, diesen Ausführungen, welche in der Wirkung auf dasselbe hinauszukommen scheinen, wie wenn man den Vergleich selbst für nichtig erklärt, wenig Bedeutung

---

[71]) Risch, a. a. O., S. 218.
[72]) Risch, a. a. O., S. 225 f.

beizumessen und sie mehr für eine harmlose Sophisterei halten. Daß sie dies aber keineswegs sind, werden wir jetzt sehen.

Man nehme an, Titius habe dem Sempronius eine Abfindung von 10 000 ℳ gegeben dafür, daß er auf die Geltendmachung der Formmängel verzichtet hat. Diese 10 000 ℳ können, wenn der Vergleich, wie Risch es will, giltig ist, natürlich auch nicht zurückgefordert werden.

Nun klagt aber Sempronius auf Grund der tabulae suppositiciae und verlangt als gesetzlicher Erbe die Herausgabe der Erbschaft. Der Klage wird stattgegeben. Titius ist also nicht nur seine 10 000 ℳ los, er muß die Erbmasse noch obendrein herausgeben. Wäre das nicht summa injuria.

Aber Risch steht nicht vereinzelt da. Dernburg steht ganz auf demselben Standpunkt, indem er sagt:[73])

„Vergleiche erledigen aber nur die Streitpunkte, über welche man sich vergleichen wollte."

Zu dieser Ansicht, welche nur gezeitigt werden kann von einer dürren und verknöcherten Formaljurisprudenz, bemerkt Windscheid treffend:[74])

„Der im Testament Eingesetzte, welcher über die Nähe seiner Verwandtschaft gestritten hat, kann freilich die Erbschaft, welche er vergleichsweise gegen eine von ihm gegebene Abfindung behalten hat, jetzt kraft des Testamentes in Anspruch nehmen, aber die Abfindung erlangt er damit nicht zurück. Und wenn er die Erbschaft gegen eine ihm von der andern Partei gegebene Abfindung herausgegeben hat, so wird man es nicht gerecht finden dürfen, daß er, wenn er die Erbschaft auf Grund des Testaments erlangt, auch die Abfindung behalte."

Rein logisch kann man es sich vielleicht vorstellen, daß der Vergleich über die Formmängel des unterschobenen Testamentes giltig zustande gekommen ist. Die Jurisprudenz ist nun aber doch nicht lediglich Philosophie, logische Konstruktionen zu schaffen, ist nicht ihr Zweck allein. Diese sind nur das Mittel, die Probleme des Lebens, wie sie der Verkehr der Menschen unter einander stellt, zu lösen. Jeder rein vernunftgemäße Ideengang kommt zu leicht mal auf einen Punkt an, wo er den Boden der Wirklichkeit unter seinen Füßen verliert. Wenn nun die Rechtswissenschaft nicht nur Begriffsequilibristik ist, muß Halt machen, sobald er in einem solchen abstrakten Gedankengang zu einem Resultet kommt, dem die lebendige Wirklichkeit widerstreitet. Eines Gedankens letztes Extrem zu ergründen und zu verteidigen, überlassen wir den Philosophen. Wir haben es mit dem Leben zu tun. Dieses ist aber kein philosophisches System und läßt sich nicht in eine mathematische Formel bringen.

Nicht einer philosophischen Konstruktion zu liebe zahle ich 10 000 Mark. Ich will dafür Gewißheit haben, daß mein Anspruch aus dem Testament mir nun auch wirklich nicht mehr genommen werden kann. Dies ist der eigentliche Zweck, welchen Titius mit der Hingabe der Abfindungssumme an Sempronius verfolgte. Dieser wird aber nicht erreicht, wenn der andere darauf verzichtet, die Formmängel eines unterschobenen Testamentes geltend zu machen. Was hätte Titius wohl dem

---

[73]) Dernburg, Pandekten, Band II, § 109.
[74]) Windscheid, im Archiv für die civil. Praxis, Band 78, S. 187 f.

Risch geantwortet, wenn dieser versucht hätte, ihm klar zu machen, daß er seine 10 000 Mark nicht zurückverlangen könne? In den ruhigen und sachlichen Ton einer wissenschaftlichen Arbeit würde die Antwort wohl kaum hineinpassen.

Wenn Risch versucht, die seiner Theorie hinderliche l. 42 C. h. t. als Ausnahmebestimmung hinzustellen, lediglich weil sie der nachklassischen Zeit entstammt, so dürfte er hiermit kein Glück haben.

Einen Gesinnungsgenossen hat Risch in Regelsberger[75]) gefunden. Nach diesem Autor ist die Bedeutung des Irrtums beim Vergleich verschieden, je nachdem es sich um streitige oder sonst ungewisse Rechtsverhältnisse handelt. Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit des Vergleichs zu statuieren, wenn sich eine von den Parteien als gewiß angenommene Tatsache als nicht vorhanden erweist, vorausgesetzt, daß bei richtiger Kenntnis der Vergleich nicht geschlossen worden wäre, sei für den Vergleich über streitige Ansprüche unrichtig, stehe mit der Urteilsnatur solcher Vergleiche in Widerspruch und beruhe auf einer unzulässigen Verallgemeinerung einer singulären Vorschrift für den Vergleich auf Grund gefälschter Urkunden (l. 42 C. h. t.) Anders liege es bei der zweiten Klasse der Vergleiche. Wenn hier das Dasein des Rechtsverhältnisses irrtümlich angenommen würde, so erweise sich die Gegenleitung als indebite datum oder promissum, das der Rückforderung unterliege.

Gerade bei Regelsberger kann man sehen, wohin es führt, wenn in einseitiger Weise auf die Ähnlichkeit des Vergleichs mit dem Urteil Gewicht gelegt wird. Was nun die einzelnen Punkte seiner Theorie anbelangt, so wird man, glaube ich, an dieser Stelle auf eine Widerlegung verzichten können, da dieselbe schon in den bisherigen Ausführungen enthalten ist.

Am radikalsten unter der hier zu besprechenden Juristengruppe geht Brinz[76]) vor. Wenn er sagt: „Es würde über den Befund der Quellen hinausgehen, sowie gegen Kraft und Grund des Vergleichs gehen, wenn die etwaige Unrichtigkeit einer von beiden Parteien vorausgesetzten Tatsache den Akt anfechtbar machte", so glaube ich, ist in dieser Arbeit allerdings der Beweis geführt, daß derartige Voraussetzungen zwar an sich den Vergleich nicht hinfällig machen können, daß sie aber die Parteien verleitet haben können, einen Vergleich zu schließen bei dem die Realisierung der causa von vornherein am objektiven Tatbestande scheitern mußte. Daß diese Auffassung sich mit den Quellen vereinigen läßt, scheint meines Erachtens auch festzustehen. Nimmt vollends Brinz an, daß nicht einmal jeder dolus, sondern nur grober Betrug zur Rescission des Transaktes führe, so erscheint dies doch sehr bedenklich. Dadurch würde dem Betruge geradezu ein Freibrief ausgestellt.

Nachdem somit die Hauptrichtungen, nach denen sich die gegnerischen Ansichten bewegen, kurz skizziert sind, sei dieser Abschnitt geschlossen. Wer eine vollständige Übersicht über die diesbezügliche Litteratur haben will, möge das Oertmann'sche Buch in die Hand nehmen. Dort wird er

---

[75]) cf. Regelsberger, Pandekten, Band I, § 172.
[76]) Brinz, Pandekten, Band I, S. 383.

auch die verschiedenen Nuancierungen, die neben den hier angegebenen Hauptrichtungen vorhanden sind, zusammengestellt finden.

B. Im Bürgerlichen Gesetzbuch. — § 10.

Die Erörterung der Bedeutung des Vergleichsirrtums wird sich nach bürgerlichem Recht ungleich einfacher gestalten als nach gemeinem Recht. Man hat es nicht mehr mit so und so vielen teilweise noch unklaren Quellenstellen zu tun, sondern mit einer Kodifikation in knapper und modern-sprachlicher Form. In der Hauptsache wird deshalb die Aufgabe dieses Abschnittes auf eine Interpretion des § 779 B. G. Bs. hinauslaufen. Zweckdienlich wird jedoch zuerst ein Rückblick auf die Entstehungsgeschichte dieses Paragraphen sein.

Der § 667 des ersten Entwurfs lautete folgendermaßen:

„Die Giltigkeit eines Vergleichs wird dadurch nicht beeinträchtigt, daß ein Vertragsschließender in Ansehung eines Umstandes geirt hat, welcher Gegenstand des Streites oder der Ungewißheit war. Ist jedoch bei der Schließung des Vertrages von den Vertragschließenden ausdrücklich oder stillschweigend das Nichtvorhandensein eines Umstandes vorausgesetzt, welcher den Streit oder die Ungewißheit ausgeschlossen haben würde, so kann der Vertragschließende, welcher von einem solchen Umstande erst nach Schließung des Vergleichs Kenntnis erlangt hat, verlangen, daß der Vergleich rückgängig gemacht werde. Auf diesen Anspruch finden die Vorschriften des § 444 entsprechende Anwendung."

Zu dem ersten Satz dieses Paragraphen bemerken die Motive,[77]) daß er als geltendes Recht bezeichnet werden könne und dem Wesen und Zwecke des Vergleichs entspreche.

Bezüglich des zweiten Satzes weisen sie darauf hin, daß ein Irrtum über als vorhanden oder nicht vorhanden vorausgesetzte nicht ungewisse Tatsachen als Irrtum im Beweggrunde „in Ermangelung einer besonderen Bestimmung unbeachtlich sein." „Das Bedürfnis erheischt jedoch, für den Vergleich das Gegenteil zu bestimmen. Hierzu nötigen die besondere Natur des Vergleichs und die auf das geltende Recht zu nehmende Rücksicht. Man kann freilich nicht den Irrtum in Beziehung auf jeden Umstand, welcher bei Abschluß des Vertrages ausdrücklich oder stillschweigend vorausgesetzt wird, für erheblich erklären. Der fragliche Umstand muß vielmehr ein solcher sein, der auch, wenn der Vergleich nicht geschlossen wäre, den Streit oder die Ungewißheit ausgeschlossen haben würde. Diese Beschränkung entspricht der eigentlichen Natur des Vergleichs, erhält die Harmonie mit jenem Prinzipe und widerstreitet weder dem geltenden Recht noch den Erfordernissen des praktischen Bedürfnisses. Die irrige Voraussetzung ist jedoch im Sinne der Vorschrift des zweiten Absatzes nur dann erheblich, wenn beide Teile ausdrücklich oder stillschweigend das Nichtvorhandensein des kritischen Umstandes vorausgesetzt haben, d. h. wenn entweder beide Teile bei dem Vertragsschlusse von der irrigen Voraussetzung ausgingen, oder wenn nur ein Teil sich in dieser Lage befand, der andere aber dies gewußt hat u. s. w."

[77]) Motive, Band II, S. 654.

Was die Fassung des zweiten Satzes vom § 667 des ersten Entwurfes anbelangt, so kann nicht gerade behauptet werden, daß diese an übergroßer Klarheit und Übersichtlichkeit leidet. Der Inhalt des betrf. Satzes ist m. E. weiter nichts als die Voraussetzungstheorie, nur daß sich dieselbe bei Windscheid präziser formuliert findet. Wer nun, wie wir, die Windscheid'sche Theorie aus inneren Gründen und wegen ihrer praktischen Konsequenzen für verkehrt hält, wird sich natürlich auch nicht mit ihrer Aufnahme ins Gesetz befreunden können. Wird man aber doch zum mindesten zugeben, daß die ganze Frage, welche der Voraussetzungslehre zu Grunde liegt, sehr bestritten und noch keineswegs in einem bestimmten Sinne entschieden ist, so eignet sich die Theorie von Windscheid auch nicht zur Kodifikation. Man denke nur, dieselbe wäre mit der Zeit vollständig überwunden und versetze sich dann in die Stelle des Gelehrten künftiger Jahrzehnte, der seinen Schülern erzählen müßte: „Wissenschaftlich hat sich diese Theorie schon längst überlebt, aber — sie steht im Gesetzbuch." Selbst Windscheid und Genossen werden nicht ernstlich bestreiten können, daß es bedenklich ist, auf diese Weise einem wissenschaftlichen Streit, dessen Ende und Ergebnis nicht abzusehen ist, zu präjudizieren. Eine Kodifikation, bei der ein solches Verfahren Schule machen sollte, würde leicht anstatt zu einer Quelle lebendigen Rechtes zu einem Museum oder, weniger fein gesagt, zu einer Rumpelkammer veralteter juristischer Ideen und Theorien.

Der Entwurf steht nun allerdings, wie die Motive noch ausdrücklich hervorheben, nur hinsichtlich des Vergleichs auf dem Standpunkt der Windscheidschen Theorie, angeblich, weil hier durchaus eine Ausnahme geboten erscheint. Was die Verfasser des ersten Entwurfs damit angerichtet haben, zeigt uns deutlich Bekker, der wiederum mit seiner Auffassung ein Beweis dafür ist, wie gefährlich es ist, den kleinen Finger zu bieten, weil dann doch gleich die ganze Hand genommen wird. Bekker hält eine besondere Bestimmung überhaupt für überflüssig, da sich auch nach dem Entwurf „als unmittelbare Konsequenz der allgemeinsten Regeln über die Giltigkeit der Verträge" der Satz ergebe,

„daß wenn beide Teile bei einem Vertrage das Gewollte abhängig machen von einer Voraussetzung (gleichviel ob durch ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung!) und diese sich als falsch erweist, der Vertrag hinfällig wird."

Damit wäre allerdings die Voraussetzungstheorie mit ihrer eminenten Gefährlichkeit für die Rechtssicherheit in vollem Umfange als Gesetz proklamiert.

Von dem in dieser Arbeit eingenommenen Standpunkt aus ist es nur mit Freuden zu begrüßen, daß der zweite Entwurf die Voraussetzungslehre hat fallen lassen. Der § 779 des B. G. Bs. lautet, soweit er in diesem Zusammenhang interessiert, folgendermaßen:

„Der Vergleich ist unwirksam, wenn der nach dem Inhalt des Vertrages als feststehend zu Grunde gelegte Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entspricht und der Streit oder die Ungewißheit bei Kenntnis der Sachlage nicht entstanden sein würde."

Somit wären wir bei der Frage angelangt: „Welche Bedeutung hat der Vergleichsirrtum nach dem B. G. B.?"

Auch bei der Beantwortung dieser Frage empfiehlt es sich, folgende Unterscheidung zu Grunde zu legen:[78])

1) „Der gewöhnliche Geschäftsirrtum,
2) der Irrtum über Tatsachen, die als streitig oder ungewiß vorausgesetzt werden,
3) der Irrtum über den nach Inhalt des Vertrages als feststehend zu Grunde gelegten Sachverhalt."

Bezüglich der ersten beiden Punkte ist nicht viel zu sagen. An Stelle der entsprechenden Vorschriften des gemeinen Rechts treten §§ 119 u. 121 des B. G. Bs. Im Gegensatz zum gemeinen Recht vermeidet es das B. G. B., die einzelnen Bestandteile des Erklärungsinhalts, über die der Irrtum wesentlich ist, einzeln aufzuzählen, es gibt vielmehr nur allgemeine Gesichtspunkte, nach denen diese Frage zu entscheiden sein wird. Die Auslegung wird deshalb eine größere Rolle spielen. Während nach gemeinem Recht der wesentliche Geschäftsirrtum Nichtigkeit zur Folge hat, bewirkt er nach § 123 des B. G. B. nur noch Anfechtbarkeit. Diese Neuerung hat deshalb beim Vergleich ihre Bedeutung, weil es in Zukunft nicht mehr gleichgiltig ist hinsichtlich der Wirkung, ob ein Fall ad 1 oder ad 3 vorliegt. Liegt eine solche Konkurrenz zwischen § 119 und § 779 vor, so wird § 779 anzuwenden sein, da er eine Sonderbestimmung für den Vergleich enthält.

Was den Irrtum über Tatsachen anbelangt, die als streitig bezw. ungewiß vorausgesetzt werden, so kann ich mich auch hier auf das berufen, was für das allgemeine Recht gesagt ist. Ein Irrtum bezüglich der subjektiven Ungewißheit ist an sich schon logisch ein Unding, und, wenn man dies nicht annehmen will, verbietet es der Zweck des ganzen Rechtsinstitutes, ihm irgend welche Bedeutung für den Bestand des Vergleichs beizulegen. Deshalb hat die zweite Kommission auch den ersten Satz vom § 667 des ersten Entwurfs fallen lassen. Die Protokolle[79]) bemerken hierzu m. E. sehr zutreffend:

„Die Bestimmung des § 661, S. 1 daß der Vergleich nicht angefochten werden könne wegen eines Irrtums über dasjenige, was bei Abschluß des Vergleichs bestritten oder ungewiß gewesen sei, erscheine selbstverständlich. An die Stelle des bisher Bestrittenen oder Ungewissen werde die neue Vereinbarung gesetzt; darauf, wie es in Wirklichkeit sich verhalten habe, soll es nicht mehr ankommen."

Infolge der unklaren Ausdrucksweise des täglichen Lebens wird es im einzelnen Falle nicht immer leicht sein festzustellen, welche Tatsachen ungewiß oder streitig und welche nicht ungewiß und nicht streitig sind. Auch nach B. G. B. wird man bei Vornahme dieser Trennung am besten vom Zweck des Vergleichs ausgehen, eine Methode, die ich für das gemeine Recht eingehend dargelegt habe.

Das B. G. B. hat nun die Zahl der rechtlich relevanten nicht ungewissen Tatsachen bedeutend eingeschränkt, indem es fordert, daß

[78]) So Oertmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse, S. 506. Ob im Falle 3 wirklich von einem Irrtum gesprochen werden muß, wird noch im folgenden erörtert werden.

[79]) Protokolle, Band II, S. 527.

dieselben nach dem Inhalt des Vertrages als feststehend zu Grunde gelegt sind. Unter Inhalt des Vertrages ist der gemeinrechtliche consensus duorum in idem zu verstehen. Diesen definiert Leonhard[80]) „als eine Übereinstimmung gegenseitiger unter einander zusammen hängender Erklärungshandlungen nach ihrem Sinn." Diese Begriffsbestimmung behält auch nach heutigem Recht ihre Geltung. Was unter „Sinn" speziell zu verstehen ist, sagt uns der § 133 B. G. Bs., welcher folgendermaßen lautet:

„Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne zu haften."

Eine weitere Einengung des Kreises der relevanten nicht ungewissen Tatsachen wird durch das Erfordernis gegeben, daß denselben ein streitausschließender Charakter innewohnt. Die Divergenz zwischen dem als feststehend zu Grunde gelegten Sachverhalt und der Wirklichkeit muß so erheblich sein, „daß der Streit oder die Ungewißheit bei Kenntnis der Sachlage nicht entstanden sein würde."

An der ganzen Fassung des § 779 des B. G. Bs. ist meines Erachtens bemerkenswert, daß das Wort Irrtum nicht vorkommt. Und zwar wird es mit voller Absicht nicht gebraucht sein. Der Gesetzgeber will es vermeiden, sich auf irgend welche theoretische Gründe dafür festzunageln, weshalb wohl die feste Grundlage mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmt. In der Tat wäre auch nichts überflüssiger als derartige Erwägungen im Gesetzestext. Für die Unwirksamkeit genügt es, wenn festgestellt wird, daß eine Divergenz zwischen dem nach Inhalt des Vertrages als feststehend zu Grunde gelegten Sachverhalt und der Wirklichkeit da ist und daß diese einen streitausschließenden Charakter hat. Wie diese Nichtübereinstimmung entstanden ist, bleibt vollkommen außen vor und ist für die Entscheidung der Frage, ob der Vergleich unwirksam ist oder nicht, gleichgiltig. Wenn Hedemann deshalb glaubt, von einem „fingierten" Irrtum im Denkresultat des fingierten einigen Parteiwillens[81]) sprechen zu müssen, so macht er dadurch die Sache nur unübersichtlicher und trägt Schwierigkeiten in dieselbe hinein, die an sich nicht vorliegen.

Ich glaube auch nicht, daß das höhere Prinzip für die Unwirksamkeit eines Vergleichs in dem Vorhandensein eines solchen fingierten Irrtums zu erblicken ist. Rein äußerlich betrachtet, steht dem entgegen, daß während sonst nach B. G. B. der Irrtum nur Anfechtbarkeit zur Folge hat, seine Bedeutung beim Vergleich mit einem Male eine andere wäre. Der § 779 B. G. Bs. spricht von „unwirksam werden." Was hierunter zu verstehen ist, darüber lassen sich die Motive[82]) folgendermaßen aus:

„Der Ausdruck „Unwirksamkeit" wird nicht im Gegensatz zu Ungiltigkeit gebraucht, sondern seinem Wortverstande gemäß im allgemeinen zur Bezeichnung des Falles, in welchem ein Rechtsgeschäft ohne die beabsichtigten rechtlichen Wirkungen ist, mögen diese überhaupt von vornherein wegen Nichtigkeit des Geschäfts ausgeschlossen sein oder infolge

[80]) Leonhard, der Irrtum bei nichtigen Verträgen nach röm. Recht (1882), S. 71.
[81]) Hedemann, a. a. O., S. 86.
[82]) Motive, Band I, S. 216.

einer vorhergesehenen Eventualität, wie bei dem Ausfall einer Bedingung dem Willen der Parteien gemäß ausfallen."

Diese meines Erachtens einwandsfreien Ausführungen scheinen mir einen Fingerzeig zu geben, den Nachweis zu versuchen, daß auch nach B. G. B. in der Verfehlung des Zweckes das höhere Prinzip für die Unwirksamkeit des Vergleichs zu erblicken ist.

Die beabsichtigten Wirkungen des Vergleichs bestehen in irgend welchen Vermögensverschiebungen. Unter Unwirksamkeit ist zu verstehen, daß diese rechtsgiltig nicht stattfinden können bezw. stattgefunden haben. Die gemachten Leistungen können dann kondiziert werden, weil sie ihrer causa ermangeln. Diese causa, welche fehlt, besteht beim Vergleich, in der Beseitigung der Ungewißheit. Das Ziel des Vergleichs kann natürlich nicht Beseitigung der Ungewißheit um jeden Preis sein. Die an Stelle der Ungewißheit gesetzte Gewißheit muß auch in den Rahmen der festen Grundlage, wie sie sich aus dem Inhalt des Vertrages ergibt, hinein passen. Erst in Beziehung zu den feststehenden Punkten wird die neugeschaffene Gewißheit einen Wert gewinnen, in Verhältnis zu welchem die gemachten Konzessionen sich auch wirklich als Äquivalent darstellen. Auf die ganze Rechtslage, wie sie sich zusammensetzt aus den schon immer feststehenden Tatsachen und den durch den Vergleich erst feststehend gewordenen, kommt es den Parteien an. Wird die Herstellung einer solchen totalen Rechtslage nicht erreicht, weil die als feststehend zu Grunde gelegten Tatsachen der Wirklichkeit nicht entsprechen, ist der Zweck des Vergleiches verfehlt. Hätten die Parteien gewußt, daß der Sachverhalt in Wirklichkeit so lag, daß auch durch Beseitigung des ungewissen Punktes eine ihren gegenseitigen Konzessionen angemessene Rechtslage nicht geschaffen werden konnte, wäre der Streit oder die Ungewißheit als juristisch irrelevant nicht entstanden. Was nützt es zum Beispiel, wenn sich die Parteien über die Höhe einer Forderung vergleichen, deren Nichtexistenz sich hinterher herausstellt? Was nützt ein Vergleich über angebliche Formmängel eines Testaments, wenn sich hinterher ergibt, daß dasselbe unterschoben ist? Was nützt ein Vergleich darüber, ob eine Schuld getilgt ist oder nicht, wenn später festgestellt wird, daß derselben ein unsittliches Rechtsgeschäft zu Grunde liegt? Für die Beseitigung derartiger Ungewißheiten macht man keine Leistungen. Denn eine solche Ungewißheit ist vom Standpunkt der Parteien aus, die mit ihren Konzessionen einen diesen entsprechenden wirtschaftlichen Zweck verfolgen, irrelevant und gilt als überhaupt nicht vorhanden. Auch wenn sie gehoben würde, entstehen keine wirksamen subjektiven Rechte, auf deren Schaffung es doch bei jedem Rechtsgeschäft einzig und allein ankommt. Ob in einem unterschobenen Testament die gesetzlichen Formen gewahrt sind, hat vielleicht theoretisches Interesse und mag sich darüber ein großer wissenschaftlicher Streit entspinnen. Ob eine auf einem unsittlichen Rechtsgeschäft beruhende Schuld getilgt ist, hierüber Gewißheit zu schaffen mag unter Umständen seine Bedeutung haben, z. B. wenn eine Wette hierüber abgeschlossen ist. Nur schafft mir die Erledigung solcher Streitfragen keine rechtlich begründeten Ansprüche. Dieser Zweck wird nie erreicht, und der Streit und die Ungewißheit würde in solchen Fällen bei Kenntnis der wahren Sachlage überhaupt nicht entstehen.

Die hier vertretene Auffassung lehnt sich an die Ausführungen von Kober,[83]) Oertmann[84]) und Crome[85]) an. Werfen wir einen Blick auf die Praxis, so ist zu konstatieren, daß von den litterarisch zugänglichen Judikaten, welche sich mit dem Vergleichsirrtum beschäftigen, nur eins vorhanden ist, dasselbe stammt vom O. L. G. in Collmar[86]) und lautet:

„Durch einen im Wege des Vergleichs erklärten entgeltlichen Verzicht auf alle Forderungen aus einem Unfall verliert der Verletzte nicht das Recht, von dessen Urheber Schadenersatz für die zur Zeit des Abschlusses des Vergleichs nicht vorher sehbar gewesenen Folgen der Verletzung, insbesondere für Verschlimmerung seines Gesundheitszustandes und Abnahme seiner Erwerbsfähigkeit nachzufordern."

Diese Sätze sind meines Erachtens zu allgemein und nur teilweise richtig.

Man wird vielmehr zwei Fälle unterscheiden müssen. Einmal, der Vergleich wird nur geschlossen, um dem Zivilprozeß, der sonst entstehen würde, aus dem Wege zu gehen. Zweitens, der Schadensersatzpflichtige hat sich im Einverständnis mit dem Verletzten für immer Ruhe vor Forderungen schaffen wollen, die aus eventuellen nachträglichen Folgen des Unfalls entstehen könnten. Welcher Fall vorliegt, ist Tatfrage. Im ersten Falle würde einer späteren Geltendmachung von Forderungen aus damals nicht vorhersehbaren Folgen nichts im Wege stehen. Unter analogen Voraussetzungen wie die des § 323 C. P. O., betreffend die Abänderung des Urteils, würden derartige Ansprüche durch den Vergleich nicht berührt werden. Im zweiten Falle würden jedoch auch erst später entstandene Schadensersatzansprüche nicht mehr erhoben werden können, weil eben auf dieselben vergleichsweise rechtsverbindlich verzichtet ist.

Zum Schlusse dieser Arbeit seien mir noch einige kurze Bemerkungen zu der Frage gestattet, ob es unter der Herrschaft des B. G. Bs. überhaupt noch nötig ist, derartige übergeordnete Prinzipien aufzustellen, wie wir es getan haben, oder nicht die einfache Anwendung des § 779 ausreicht. Allerdings besteht ein großer Unterschied zwischen gemeinem und heutigem Recht. Vor 1900 konnte man bei der Unübersichtlichkeit der Kasuistik des corpus juris ohne einen allgemeinen Grundsatz schlechterdings nicht auskommen. Wie notwendig und schwierig zugleich es war, die einzelnen schwer zu interpretierenden und entwickelungsbedürftigen Quellenstellen in übergeordneten Regeln zusammenzufassen, erhellt schon zur Genüge aus den verschiedenen Resultaten, welche diese Bestrebungen gezeigt haben. Wer früher nur mit seinem corpus juris, ohne sich eines Pandektenlehrbuches zu bedienen, auszukommen glaubte, war verraten und verkauft. Anders heute. Jetzt haben wir es mit einem Gesetzbuch zu tun, welches uns in wenigen Zeilen klar und bestimmt die Voraussetzungen für die Unwirksamkeit des Vergleichs angibt. Genügt

[83]) Kober, bei Staudinger, Kommentar zum B. G. B., S. 643.
[84]) Oertmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse, S. 507.
[85]) Crome, System des deutschen bürgerl. Rechts, Band II, S. 904 f.
[86]) Das Recht, 1901, S. 143.

hier nicht eine verständige Anwendung der klar gefaßten Normen? In gewöhnlichen Fällen gewiß. Wie aber wird es, wenn Zweifel über die Tragweite der einzelnen Erfordernisse selbst, wenn der § 779 B. G. Bs. für die Unwirksamkeit des Vergleichs gibt, auftauchen? Will man hier einheitlich und zielbewußt interpretieren, dann gibt es nur ein brauchbares Auslegungsmittel. Das ist aber das übergeordnete Prinzip, welches dem § 779 B. G. B. zu Grunde liegt. Dieses besteht nach der hier vertretenen Auffassung darin, daß der Vergleich unwirksam wird wegen Verfehlung seines Zwecks.

Literaturverzeichnis.

1. **Alexander Katz**, Der Vergleich nach rechtskräftigem Urteil (Greifswalder Diss. 1873).
2. **Arndts**, Lehrbuch der Pandekten, 13. Auflage.
3. **Baehr**, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, 3. Auflage (1894).
4. **Bardeleben, von**, Der Vergleich im deutschen bürgerlichen Recht (Marburger Diss. 1899).
5. **Bekker**, System des heutigen Pandektenrechtes, 1899.
6. **Brinz**, Lehrbuch der Pandekten, 2. Auflage.
7. **Buhl**, Beiträge zur Lehre vom Anerkennungsvertrag, 1875.
8. **Bülow**, im Archiv für die civil. Praxis, Band 83.
9. **Cosack**, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 3. Auflage.
10. **Crome**, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Band I (1900), Band II (1902).
11. **Dernburg**, Pandekten, 7. Auflage.
12. **Dernburg**, Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preußens, 1. und 2. Auflage.
13. **Endemann**, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8. Auflage.
14. **Engelmann**, Das Bürgerliche Recht Deutschlands, 2. Auflage.
15. **Erdmann**, Der Irrtum beim Vergleich (Greifswalder Diss. 1895).
16. **Friedeberg**, Der Einfluß eines den Parteien unbekannten rechtskräftigen Urteils auf die Gültigkeit des Vergleichs (Erlanger Diss. 1898).
17. **Glück**, Pandekten, Teil V.
18. **Hartmann**, Die Obligation, 1875.
19. **Hedemann**, Der Vergleichsirrtum nach dem Recht des deutschen Reiches, 1903.
20. **Heimbach**, in Weiske's Rechtslexikon, Band XII.
21. **Herold**, bei Grünhut, Band 16.
22. **Keller**, Pandekten, 2. Auflage, bes. von Lewis.
23. **Krauseneck**, Inwiefern ist ein Vergleich wegen Irrtums anfechtbar? (Erlanger Diss. 1899).
24. **Krzyzankiewicz, W.**, Der Irrtum im Motiv beim Vergleich. Nach röm. und gem. Recht. Breslauer Diss. (1903).
25. **Landé**, Das Bürgerl. Gesetzbuch, für die Praxis. Herausgegeben und erläutert, 1897.
26. **Lenel**, im Archiv für die civil. Praxis, Band 74 und 79.
27. **Leonhard**, der Irrtum bei nichtigen Verträgen nach röm. Recht, 1882.
28. **Lönnies**, Der Vergleich nach deutschem bürgerl. Recht, Greifswalder Diss. 1898.
29. **Matthiae**, Controversen-Lexikon des römischen Zivilrechts, 1856.
30. **Matthiaß**, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 3. Auflage.
31. **Medem**, in Gruchots Beiträgen, 14. Jahrgang, S. 670 f.
32. **Meisner**, Das Bürgerliche Gesetzbuch, kommentiert von, Recht der Schuldverhältnisse, 1899.
33. **Mengers**, Der Vergleich und der Irrtum beim Vergleich nach dem B. G. B., Erlanger Diss. 1898.
34. **Oertmann**, Der Vergleich im gemeinen Zivilrecht, 1895.
35. **Oertmann**, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse, 1899.
36. **Neumann**, Handausgabe zum B. G. B., 3. Auflage, 1903.
37. **Planck**, Das Bürgerliche Gesetzbuch, erläutert, Band II, 1900.
38. **Puchta**, Pandekten, 7. Auflage, (besorgt von Rudorff).
39. **Regelsberger**, im Archiv für die zivil. Praxis, Band 47.
40. **Regelsberger**, Pandekten, Band I, 1893.

41. **Risch**, Die Lehre vom Vergleich, 1855.
42. **Savigny**, System, Band III und Beilage VIII.
43. **Scherer**, Recht des Schuldverhältnisses des B. G. B., 1899.
44. **Schweppe**, Das röm. Privatrecht in seiner heutigen Anwendung, 4. Auflage.
45. **Sell**, in den Jahrbüchern für histor. und dogm. Bearbeitung des römischen Rechts, Band II.
46. **Sintenis**, Das praktische gemeine Zivilrecht, 3. Auflage.
47. **Staudinger**, Kommentar zum B. G. B.
48. **Sturm**, Die Lehre vom Vergleich nach gemeinem und preußischem Recht, 1889.
49. **Scholten**, Regelung gemeinrechtlicher Kontroversen über die Gültigkeit eines Vergleichs durch das B. G. B. Greifswalder Diss., 1900.
50. **Thibaut**, im Archiv für die civil. Praxis, Band VIII.
51. **Vangerow**, Lehrbuch der Pandekten, 7. Auflage, Band III.
52. **Wendt**, Lehrbuch der Pandekten.
53. **Weyl**, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch für prakt. Juristen, 1898—1900.
54. **Windscheid**, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850.
55. **Windscheid**, im Archiv für die civil. Praxis, Band 78.
56. **Windscheid**, Pandekten, 8 Auflage, bearbeitet von Kipp.
57. **Zitelmann**, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Allgem. Teil, 1900.